

Kvinner som mulig sosial gruppe

Hvordan behandles kjønnsaspektet i asylsaker?

Kandidatnummer: 321

Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 16715 ord

24.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Begrepsavklaring	2
1.3	Avgrensning av oppgaven	4
1.4	Oppbygning av oppgaven	4
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	<u>5</u>
2.1	Lover og forskrifter	5
2.2	Lovens formål	5
2.3	Forarbeider	6
2.4	Rettspraksis	6
2.5	Forvaltningspraksis	6
2.6	Internasjonale regler og anbefalinger	7
2.7	Retningslinjer, etterfølgende lovarbeid og juridisk litteratur	9
<u>3</u>	<u>METODE</u>	<u>10</u>
<u>4</u>	<u>KJØNN OG FLYKTNINGEBEGREPET</u>	<u>12</u>
4.1	Kjønnsaspektet	12
4.2	FNs flyktningebegrep stilling i norsk rett	13

4.3	Flyktningebegrepets vilkår	15
4.3.1	Velgrunnet frykt	15
4.3.2	Forfølgelse	15
4.3.3	Årsakssammenheng	17
4.3.4	Konvensjonsgrunnene	18
4.3.5	Utenfor landet og forholdet til hjemlandets myndigheter	18
<u>5</u>	<u>KVINNER SOM MULIG SOSIAL GRUPPE</u>	<u>19</u>
5.1	Innledning	19
5.2	Fortolkning	20
5.2.1	Ordlyd	20
5.2.2	Forarbeider	21
5.2.3	Statspraksis	22
5.2.4	Eksempler på internasjonale rettsavgjørelser	24
5.3	Andre supplerende tolkningsmomenter	27
5.3.1	UNHCRs retningslinjer	27
5.3.2	EUs statusdirektiv	30
5.4	Justisdepartementets retningslinjer	30
5.5	Forslag til ny utlendingslov	31
<u>6</u>	<u>UTLENDINGSNEMNDAS PRAKSIS</u>	<u>33</u>
6.1	Innledning	33
6.2	Tvangsekteskap	33
6.3	Tvangsprostitusjon	36
6.4	Kjønnslemlestelse	37
6.5	Mishandling i ekteskapet	38
6.6	Brudd på sosiale normer	40

6.7	Oppsummerende bemerkninger	44
<u>7</u>	<u>DOMSTOLSKONTROLLEN</u>	<u>48</u>
7.1	Innledning	48
7.2	Rt. 1991 s. 586 (Abdidommen)	48
7.3	Aktuelle rettsavgjørelser	51
7.3.1	LB-2005-124843 og TOSLO-2005-17600	52
7.3.2	TOSLO-2006-19901	53
7.3.3	TOSLO-2004-28003 – RG-2005-293	54
7.3.4	TOSLO-2003-4078	55
7.3.5	Oppsummerende bemerkninger	55
<u>8</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>57</u>
8.1	Kjønnsaspektet i asylsaker	57
8.2	Ny utlendingslov	57
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>59</u>
9.1	Litteratur	59
9.2	UNHCR-dokumenter	60
9.3	Lovregister m.m.	60
9.3.1	Lover og forskrifter	60
9.3.2	Konvensjoner og erklæringer	60
9.3.3	EU-direktiver	61
9.4	Forarbeidsregister	61
9.5	Domsregister	61
9.5.1	Høyesterettsavgjørelser	61
9.5.2	Underrettsavgjørelser (fra lovdata)	62

9.5.3	Utenlandske rettsavgjørelser	62
9.6	Utlendingsnemndas vedtak	62
9.7	Elektroniske dokumenter og oppslagsverk	63

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

I forbindelse med utarbeidelsen av ny utlendingslov, har kjønnsaspektet i asylsaker blitt debattert i norsk offentlighet. Selv om flyktningebegrepet formelt sett er kjønnsnøytralt, har begrepet i praksis hovedsakelig blitt fortolket på bakgrunn av mannlige flyktningers erfaringer. Hvert år søker et stort antall kvinner asyl i Norge fordi de frykter overgrep i deres hjemland på bakgrunn av forhold knyttet til deres kjønn. Kvinner flykter ofte av andre årsaker enn menn, og deres erfaringer og opplevelser er derfor annerledes. I samfunnsdebatten har det derfor fra flere hold blitt hevdet at utlendingsmyndighetene bør operere med et kjønnsperspektiv i sin tolkning av flyktningebegrepet, da dette er en forutsetning for å kunne gi kvinnelige asylsøkere den beskyttelse de har krav på. Imidlertid ser det ut til at det til tross for en tilsynelatende økende politisk vilje til å ta tak i de særlige problemer kvinnelige asylsøkere møter, eksisterer det fortsatt store forskjeller mellom intensjon og praksis.

I den senere tiden har det fremkommet flere eksempler som setter spørsmålstegn ved hvorfor kvinner med et reelt beskyttelsesbehov ikke får asyl i Norge. Først og fremst gjelder dette kvinner som frykter forfølgelse på grunn av misbruk i hjemmet, kjønnslemlestelse, tvangsekteskap, tvangsprostitusjon og æresdrap. Et av disse eksemplene er saken til iranske Faegheh Shagooei Amhmadizadizadeh hvor lagmannsretten i motsetning til tingretten fant Utlendingsnemndas negative asylvedtak gyldig.¹ Shagooei Amhmadizadizadeh var blitt giftet bort mot sin vilje og utsatt for vold og voldtekt i ekteskapet. Etter hun hadde fått innvilget skilsmisse, ble hun truet på livet av sin tidligere ektemann og hans familie på bakgrunn av at hun hadde vanæret dem ved å være utro med en annen. I motsetning til tingretten stilte lagmannsretten seg tvilende til hvorvidt hun ville

¹ LB-2005-124843 og TOSLO-2005-17600.

være utsatt for kjønnsbasert forfølgelse i Iran. Saken fikk stor oppmerksomhet i media, og i etterkant av dommen i tingretten ble det uttalt at norsk rett for første gang hadde anerkjent kjønnsbasert forfølgelse som likeverdig asylgrunn som politisk forfølgelse.²

Til tross for at Norge liker å se på seg selv som et foregangsland når det gjelder kvinners rettigheter og likestilling mellom kjønnene, synes det som om Norge ikke har nådd like langt i forhold til kvinnelige asylsøkere og deres rettigheter. Dersom man ser til land Norge gjerne liker å sammenlikne seg med, ser det ut til at Norge ligger langt etter når det gjelder å ta kjønnspektivet i asylsaker på alvor. Den offentlige debatten har videre pekt på at norske utlendingsmyndigheter i mange tilfeller synes å gi retningslinjene fra FNs Høykommissariat for flyktninger (UNHCR) en tilfeldig tolkning.

Hovedformålet for denne oppgaven har vært å se nærmere på hvordan kjønnsaspektet behandles i norsk asylpraksis. Konvensjonsgrunnen ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe” er den av konvensjonsgrunnene som oftest påberopes som grunnlag i asylsaker med et kjønnsaspekt. Fokus i oppgaven har derfor særlig blitt rettet mot kvinner som mulig sosial gruppe.

1.2 Begrepsavklaring

En **flyktning** er etter utlendingsloven³ § 16, 1. ledd en utlending som går inn under flyktningekonvensjonen⁴ art. 1 A som suppleres av flyktningeprotokollen.⁵ I følge flyktningeprotokollen art. 1 (2) oppheves den tidsmessige begrensning i flyktningekonvensjonen art. 1 A (2). Ifølge flyktningekonvensjonen art. 1 A er en **flyktning** en person som:

² Dagbladet.no (13. mai 2005). Nettilgang: <http://www.dagbladet.no/nyheter/2005/05/13/431663.html>

³ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven, utl.) av 24. juni 1988 nr. 64.

⁴ FNs konvensjon om flyktnings stilling (flyktningekonvensjonen) av 28. juli 1951.

⁵ FNs protokoll om flyktnings stilling (flyktningeprotokollen) av 31. januar 1967.

”... med rette frykter for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse...”⁶

Asyl er et fristed i et fremmed land for personer som med rette frykter forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, politisk oppfatning eller tilhørighet til en spesiell gruppe.⁷ Ifølge utl. 17, 1. ledd, jfr. § 16, har flyktninger som er i Norge eller på norsk grense, etter søknad rett til asyl i Norge.

Ifølge St.meld. nr. 39 (1987-88) er en **asylsøker** en person som kommer til Norge på egenhånd og søker om å bli anerkjent som flyktning. De aller fleste søker om asyl idet de ankommer landet, men enkelte kan imidlertid ha kommet til Norge på annet grunnlag i form av turisme, utdanning eller arbeid, og som søker om asyl etter å ha oppholdt seg i landet en periode. En **asylsøker** har midlertidig opphold mens asylsøknaden behandles. Blant dem som blir innvilget oppholdstillatelse, blir noen anerkjent som flyktninger, mens andre av ulike årsaker blir innvilget oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.⁸

En **utlending** i utlendingslovens forstand, er ”enhver som ikke er norsk statsborger”.⁹

Med **opphold av beskyttelsesgrunner** menes en tillatelse som gis til en asylsøker som ikke fyller vilkårene i flyktningedefinisjonen, men som likevel har en flyktningeliknende bakgrunn som gjør at han eller hun er vernet mot utsendelse i medhold av utl. § 15, 1. ledd.¹⁰ I slike situasjoner vil asylsøkeren, i følge utlendingsforskriften¹¹ § 21, 1. ledd, ha rettskrav på tillatelse etter utl. § 8, 2. ledd.

⁶ Den offisielle norske oversettelse av flyktningebegrepet, jfr. NOU 1983: 47 vedlegg 6.

⁷ Utlendingsdirektorats ordliste. Nettilgang: <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=3396>

⁸ Fisknes (1994) s. 35.

⁹ Utl. § 48, 1. ledd.

¹⁰ Utlendingsdirektorats ordliste. Nettilgang: <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=3396>

Med **opphold av humanitære grunner** menes en tillatelse som kan gis til asylsøkere som ikke har beskyttelsesbehov, men hvor ”sterke menneskelige hensyn” taler for det eller hvor asylsøkeren har ”særlig tilknytning til riket”,¹² jfr. utl. § 15, 2. ledd, jfr. utl. § 8, 2. ledd, jfr. utf. § 21, 2. ledd. Vedtaksmyndigheten vil i slike saker ha en skjønnsmessig adgang til å innvilge opphold, jfr. utl. § 8, 2. ledd.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Det er kvinnelige asylsøkere som er tema for denne oppgaven. Overføringsflyktninger og arbeids- og familieinnvandring faller således utenfor oppgavens tema. Kvinner som får avledet flyktningestatus i medhold av utl. § 17, 3. ledd, vil også falle utenfor oppgavens rekkevidde. Videre vil asylprosedyren som sådan ikke bli behandlet.

I det oppgavens hovedfokus er kjønnsaspektet i asylsaker, og da særlig kvinner som mulig sosial gruppe, vil flyktningebegrepets øvrige vilkår kun bli overfladisk behandlet.

1.4 Oppbygning av oppgaven

Etter en redegjørelse av rettskildebildet og gjennomgang av oppgavens metodiske tilnærminger, gis det en oversikt over kjønnsaspektet og flyktningebegrepet. Deretter tar oppgaven for seg kvinner som mulig sosial gruppe. Videre gis det gjennom et utvalg saker fra Utlendingsnemnda, et innblikk i norsk forvaltnings behandling av asylsaker med et kjønnsaspekt. Derest følger en gjennomgang av domstolskontrollen i asylsaker. Avslutningsvis presenteres det oppsummerende bemerkninger i forhold til behandlingen av kjønnsaspektet i asylsaker, samt refleksjoner omkring ny utlendingslov.

¹¹ Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften, utf.) av 21. desember 1990 nr. 1028.

¹² Utlendingsdirektorats ordliste. Nettilgang: <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=3396>

2 Rettskildebildet

2.1 Lover og forskrifter

Asylsøkeres rettstilling i Norge reguleres hovedsakelig av utlendingsloven.

Utlendingsloven er en rammelov som utfylles av utlendingsforskriften. De sentrale bestemmelsene som en asylsøknad vurderes etter er utl. §§15 -17, sammenholdt med flyktningekonvensjonen art. 1 A og flyktningeprotokollen art. 1 (2). Asylsøkere som verken får innvilget asyl i medhold av utl. § 17, 1. ledd, jfr. § 16, eller er vernet mot utsendelse i medhold av utl. § 15, 1. ledd, vil få sin søknad vurdert etter utl. § 8, 2. ledd, jfr. utl. § 15, 2. ledd og utf. § 21, 2. ledd. Imidlertid finnes det ingen nærmere regulering i utlendingsloven eller utlendingsforskriften av de ulike vilkårene som FNs flyktningedefinisjon oppstiller. I tillegg til bestemmelsene i utlendingsloven, vil saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven¹³ komme til anvendelse der annet ikke følger av utlendingsloven, jfr. utl. § 32.

2.2 Lovens formål

Utlendingslovens formål kommer til uttrykk i utl. § 2. I tillegg til å ivareta et mål om en regulert og kontrollert innvandring i ”samsvar med norsk innvandringspolitikk”, jfr. 1. ledd, og ”ivareta rettsikkerheten til utlendinger” jfr. 2. ledd, skal loven gi vern mot forfølgelse for flyktninger og utlendinger, jfr. 3. ledd. En avveining mot innvandringspolitiske hensyn, kan være aktuelt ved en vurdering etter utl. § 8, 2. ledd hvor vedtaksmyndigheten har en skjønnsmessig adgang til å innvilge tillatelse. Derimot vil en avveining mot innvandringspolitiske hensyn ikke være berettiget i en vurdering av hvorvidt en asylsøker er vernet mot utsendelse i medhold av utl. § 15, 1. ledd.¹⁴

¹³ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven, fvl.) av 10. februar 1967.

¹⁴ Bunæs (2004) s. 200.

2.3 Forarbeider

Forarbeidene til utlendingsloven er relevante da de tar opp forståelsen av FNs flyktningebegreps stilling i norsk rett. Imidlertid behandler forarbeidene ikke spørsmålet om hvorvidt kvinner som risikerer forfølgelse på grunn av forhold tilknyttet kjønn, kan anses å tilhøre en spesiell sosial gruppe.

2.4 Rettspraksis

Når klagemulighetene er uttømt i asylsaken, kan Utlendingsnemndas vedtak bringes inn for tingretten for prøving av vedtakets gyldighet, jfr. utl. § 38a, 7. ledd, jfr. utf. § 137. Domstolene har imidlertid vært tilbakeholdne med å overprøve forvaltningens forståelse av flyktningebegrepet på bakgrunn av Rt. 1991 s. 586 (Abdidommen), som for øvrig gjennomgås senere i oppgaven.

Det finnes ingen høyesterettsavgjørelser som behandler spørsmålet om hvorvidt kvinner som risikerer å bli forfulgt på grunn av kjønn, kan anses som medlemmer av en spesiell sosial gruppe. Imidlertid finnes det noen underrettsavgjørelser som tar for seg dette spørsmålet. I norsk rett har slike avgjørelser normalt begrenset rettskildemessig verdi. Dommene må likevel holdes opp mot den sparsommelig rettspraksis på området, og vil derfor bli nevnt, slik at en kan få innblikk i hvordan domstolene argumenterer på dette området.

2.5 Forvaltningspraksis

Siden få saker blir gjort til gjenstand for domstolskontroll, vil forvaltningspraksis være en viktig kilde for å få innblikk i hvordan asylsaker med et kjønnsaspekt behandles. Den rettskildemessige vekt av forvaltningspraksis varierer fra rettsområde til rettsområde. På asylrettens område, hvor Høyesterett selv har uttalt at domstolene skal være tilbakeholdne med å overprøve forvaltningens forståelse av flyktningebegrepet,¹⁵ taler mye for at de

¹⁵ Rt. 1991 s. 586 på s. 594.

vedtakene som utlendingsforvaltningen treffer, har rettskildemessig verdi. Imidlertid er det kun et utvalg av vedtakene som er gjort offentlig tilgjengelig,¹⁶ noe som gjør det vanskelig for utenforstående å få kjennskap til praksisen.

I første instans er det Utlendingsdirektoratet (UDI) som behandler og avgjør asylsøknaden, jfr. utl. § 21, 1. ledd, jfr. utf. § 56, 1. ledd. Dersom UDI treffer et negativt vedtak i asylsaken, kan vedtaket påklages til Utlendingsnemnda (UNE), jfr. utl. § 38, 2. ledd, jfr. utf. § 57, 1. ledd. Ifølge utf. § 57, 2. ledd, behandles klagen først av UDI. Finner UDI ingen grunner for å omgjøre vedtaket, sendes klagen til UNE, jfr. fvl. § 33, 4. ledd, jfr. 2. ledd. Klagen blir som regel avgjort av nemndleder alene fordi saken ”ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål”, jfr. utl. § 38b, 3. ledd, eller i nemndmøte der en nemndleder og to nemndmedlemmer deltar, jfr. utl. § 38b, 1. ledd.

2.6 Internasjonale regler og anbefalinger

I norsk rett forsøker man å unngå motstrid mellom norsk rett og folkeretten ved å oppstille et prinsipp om at norsk rett presumeres å være i samsvar med de folkerettslige regler. Et utslag av dette prinsippet kommer til uttrykk i utl. § 4 som fastslår at utlendingsloven skal anvendes i ”samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av”, såfremt disse har til ”formål å styrke utlendingens stilling”. Det er flyktningekonvensjonen og flyktningeprotokollen som er de sentrale traktatene på asylrettens område. Norge har ratifisert begge. Det finnes imidlertid ikke noe internasjonalt organ som avgir tolkninger om flyktningekonvensjonen som alle kontraherende parter er rettslig bundet av.¹⁷ Utlendingsforvaltningen vil derfor foreta selvstendige vurderinger av hva den finner er riktig i forhold til norsk lovgivning og flyktningekonvensjonen.¹⁸

¹⁶ Utlendingsnemndas praksisbase. Nettilgang:

http://www.une.no/c2002/UNE_no/templates/applications/internet/dokumenter/norsk/praksis/praksisbase.htm

¹⁷ Bunæs (2004) s. 199.

¹⁸ ibid. s. 200.

Når det gjelder forståelsen av FNs flyktningebegrep i norsk rett, bemerkes det i forarbeidene at UNHCRs syn og den praksis som følges i andre land, ”selvsagt bør veie tungt”.¹⁹ Forarbeidene understreker også at det er ”det universelle flyktningebegrep som er grunnlaget for hvem som nyter godt av de norske asylrettsbestemmelsene”.²⁰ Dessuten følger det av flyktningekonvensjonen art. 35 og flyktningeprotokollen art. 2, at de kontraherende stater er forpliktet til å samarbeide med UNHCR ved gjennomføringen av konvensjonens bestemmelser. På denne bakgrunnen vil den internasjonale fortolkningen, og da særlig UNHCRs forståelse, av FNs flyktningebegrep være sentral ved vurderingen av hvorvidt forfølgelse på grunn av kjønn skal gi grunnlag for asyl i Norge. Av UNHCRs utgivelser, er det spesielt håndboken om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettstilling²¹ og retningslinjene om sosial gruppe²² og kjønnsrelatert forfølgelse²³ som her er relevante. Selv om håndboken kun er ment som veiledning for de kontraherende stater,²⁴ fremgår det av Abdidommen at Høyesterett anser håndboken som en relevant rettskilde for fortolkningen av FNs flyktningebegrep. Imidlertid uttaler førstvoterende at han ikke finner det ”nødvendig å ta stilling til (...) den rettskildemessige vekt uttalelsene i håndboken generelt sett bør tillegges”.²⁵

Ved fortolkningen av vilkårene som oppstilles i FNs flyktningebegrep, vil tolkningsprinsippene som kommer til uttrykk i traktatrettskonvensjonen²⁶ art. 31-32 være aktuelle. Bestemmelsene er en kodifisering av sedvaneretten på området. På denne bakgrunnen vil den omstendighet at konvensjonen kun får anvendelse overfor yngre

¹⁹ NOU 1983: 47 s. 356.

²⁰ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 203.

²¹ Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettstilling i henhold til 1951-konvensjonen og 1967-protokollen om flyktningers rettstilling (håndboken) av 1979. Norsk oversettelse ved Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS) av 2003.

²² UNHCR (2002)a.

²³ UNHCR (2002)b.

²⁴ Håndbokens forord.

²⁵ Rt. 1991 s. 586 på s. 593.

²⁶ Wienkonvensjonen om traktatretten (traktatrettskonvensjonen) av 23. mai 1969.

konvensjoner, jfr. traktatrettskonvensjonen art. 4, være uten betydning. Likeledes vil Norge være bundet av tolkningsprinsippene, til tross for at Norge ikke har ratifisert konvensjonen.

EUs statusdirektiv²⁷ vil være relevant i forbindelse med defineringen av ”forfølgelse” og ”spesiell sosial gruppe”. EUs statusdirektiv er verken omfattet av EØS-avtalen eller Schengenavtalen og således ikke bindende for Norge. Likevel vil direktivet ha betydning for norsk asyllovgiving siden lovutvalget i NOU 2004: 20 anbefaler at norsk rett bør bygge på EUs definisjoner.²⁸

2.7 Retningslinjer, etterfølgende lovarbeid og juridisk litteratur

Av særlig viktighet her er Justisdepartementets retningslinjer²⁹ fra 1998. På dette tidspunktet hadde Justisdepartementet instruksjonsmyndighet overfor UDI. Etter opprettelsen av UNE som ny klageinstans, kan forvaltningens praksis i utgangspunktet kun instrueres gjennom lov og forskrift, jfr. utl. § 38, 1. ledd. Selv om retningslinjene formelt sett ikke er bindende for utlendingsforvaltningen etter opprettelsen av UNE, har de vært lagt til grunn i saksbehandlingen etter utgivelsen og således vil de fortsatt ha vekt.³⁰ Formålet med disse retningslinjene var å justere den nedre grensen for innvilgelse av asyl.³¹

I NOU 2004: 20 utreder og utarbeider lovutvalget forslag til ny utlendingslov. I forhold til dagens utlendingslov, vil NOU 2004: 20 være et etterfølgende lovarbeid. NOU 2004: 20 vil tjene til å gi et oversiktlig bilde av gjeldende rett. Det må imidlertid bemerkes at de endelige lovbestemmelsene vil kunne avvike fra bestemmelsene som er foreslått i NOU 2004: 20. Det vil også bli vist til juridisk litteratur i forbindelse med fremstillingen av gjeldende rett.

²⁷ 2004/83/EC.

²⁸ NOU 2004: 20 s. 395 i merknadene til § 39 og s. 397 i merknadene til § 40.

²⁹ Retningslinjer for nye asylkriterier (Justisdepartementets retningslinjer) av 13. januar 1998.

³⁰ Bunæs (2004) s. 200-201.

³¹ Justisdepartementets retningslinjer pkt. 1.

3 Metode

Det er anvendt ulike metodiske tilnæringsmåter til de ulike kapitlene. I tillegg til å gi en fremstilling av gjeldende rett både nasjonalt og internasjonalt, gir oppgaven en oversikt over forvaltningspraksis og rettspraksis. Da verken forarbeidene til utlendingsloven, utlendingsloven eller forskriften gir noen veiledning om hvordan konvensjonsgrunnen ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe” skal fortolkes i forhold til kvinner, baseres kapittel 5 hovedsakelig på internasjonale rettskilder. I og med konvensjonsgrunnen blir tolket i et folkerettslig perspektiv, vil folkerettslig metode bli anvendt.

En søknad om asyl vedrører ”noens personlige forhold” og vil følgelig være undergitt taushetsplikt etter fvl. § 13, 1. ledd. På dette grunnlaget vil asylsøknaden være unntatt fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven³² § 5a, 1. ledd. Dette er bakgrunnen for at vedtakene truffet i UDI og i UNE ikke er offentlig tilgjengelige. Imidlertid har UNE offentliggjort en anonymisert praksisbase på web av hensyn til den offentlige debatt og politikkutvikling på utlendingsfeltet.³³ I kapittelet om Utlendingsnemndas praksis, tas det derfor utgangspunkt i en undersøkelse av et utvalg saker fra denne praksisbasen. Utvalget er begrenset til vedtak som omhandler kvinner som risikerer å bli utsatt for forfølgelse som kvinner eller fordi de er kvinner ved retur til hjemlandet. Det utvalget som er undersøkt nærmere, er de vedtakssammendragene som Utlendingsnemnda i sin praksisbase har valgt å sortere under ”kjønnsbasert forfølgelse” og ”sosial gruppe”. Det er imidlertid verdt å merke seg at UNE behandler klager over UDIs vedtak, og at de vedtakene hvor asylsøkerne er tilfredse med UDIs vedtak således ikke blir gjort til gjenstand for klagebehandling. For ytterligere å isolere kjønnsaspektet, omtales kun saker som omhandler

³² Lov om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven) av 19. juni 1970 nr. 69.

³³ Utlendingsnemndas praksisbase. Nettilgang:

http://www.une.no/c2002/UNE_no/templates/applications/internet/dokumenter/norsk/praksis/praksisbase.htm

forfølgelsessituasjonene tvangsekteskap, tvangsprostitusjon, kjønnslemlestelse, misbruk i ekteskapet og overtredelse av sosiale normer. Følgelig vil andre grupper som ofte kategoriseres under ”spesiell sosial gruppe” som seksuell orientering, familie, klasse, kaste eller frivillige foreninger,³⁴ ikke bli omtalt. Det er 52 saker, fra perioden 2001 til 2007, som oppfyller kriteriene som er lagt til grunn for undersøkelsen.³⁵ Det er ikke uvanlig at flere av de aktuelle forfølgelsessituasjonene inngår i et og samme asylgrunnlag, men da blir forfølgelsessituasjonene kategorisert etter den mest sentrale anførselen.

Videre må det påpekes at ikke alle vedtakene truffet av UNE blir lagt inn i praksisbasen. Praksisbasen inneholder alle vedtak som treffes i nemndmøte i medhold av utl. § 38 b, 1. ledd, samt et begrenset utvalg av saker som avgjøres av nemndleder alene eller sekretariatet etter utl. § 38b, 3. ledd. Dessuten inneholder praksisbasen kun et sammendrag av vedtakene.³⁶ Det må derfor understrekes at sakene som omtales kun er eksempler og ingen uttømmende analyse av UNEs praksis. Imidlertid vil analysen av utvalget tjene til å gi innsikt, samt til å påvise tendenser i UNEs praksis.

³⁴ NOU 2004: 20 s. 108. Hathaways kategorisering.

³⁵ Utvalget er oppdatert 4. april 2007.

³⁶ Utlendingsnemndas praksisbase. Nettilgang:

http://www.une.no/c2002/UNE_no/templates/applications/internet/dokumenter/norsk/praksis/praksisbase.htm

4 Kjønn og flyktningebegrepet

4.1 Kjønnsspektet

FNs flyktningebegrep oppstiller ikke kjønn som en selvstendig konvensjonsgrunn. I forordet til flyktningekonvensjonen vises det til FN-pakten³⁷ og menneskerettighetserklæringen³⁸ hvor det fastslås at alle mennesker skal nyte godt av grunnleggende rettigheter og friheter, uten diskriminering på bakgrunn av blant annet kjønn.³⁹

Kjønn kan være avgjørende for hvordan og hvorfor en kvinne blir forfulgt. Det norske begrepet ”kjønn” omfatter både det biologiske kjønn og det sosiale kjønn, og tilsvarer de engelske begrepene ”sex” og ”gender”. I både norsk⁴⁰ og internasjonal teori⁴¹ er det blitt trukket et skille mellom såkalt ”kjønnsspesifikk forfølgelse” og såkalt ”kjønnsbasert/kjønnsrelatert forfølgelse”. Når det gjelder kjønnsspesifikk forfølgelse vil det biologiske kjønn ha betydning for hvordan personen forfølges. Dette gjelder for eksempel seksuelle overgrep, kjønnslemlestelse og æresdrap. Ved kjønnsbasert forfølgelse er det imidlertid det sosiale kjønn som er avgjørende for hvorfor personen forfølges.⁴² Både menn og kvinner kan i prinsippet bli utsatt for kjønnsbasert forfølgelse, men begrepet har i praksis hovedsakelig blitt brukt i forhold til kvinner. Her siktes det til situasjoner hvor kvinner gjennom sine handlinger, unnlater og meningsytringer bryter sosiale normer

³⁷ De Forente Nasjoners Pakt (FN-pakten) av 26. juni 1945.

³⁸ Verdenserklæringen om menneskerettighetene (menneskerettighetserklæringen) av 10. desember 1948.

³⁹ FN-pakten art. 1(3) og menneskerettighetserklæringen art. 2 (1).

⁴⁰ Holth (2003) pkt. 1.1.

⁴¹ Crawley (2001) s. 6-8.

⁴² Holth (2003) pkt. 1.1.

som spesielt rammer kvinner.⁴³ Eksempler som her kan nevnes er skrevne eller uskrevne regler som gjelder for påkledning og utenomekteskapelige forhold. I norsk utlendingsrett benyttes ofte begrepet ”kjønnsbasert forfølgelse” i begge de to ovennevnte sammenhenger.⁴⁴

4.2 FNs flyktningebegrep stilling i norsk rett

Siden FNs flyktningebegrep er inkorporert i norsk lovgivning, vil spørsmålet om hvorvidt asylsøkeren har rett til asyl i Norge, bero på om vedkommende oppfyller vilkårene som oppstilles i FNs flyktningebegrep. I Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) understrekes det at det er ”det universelle flyktningebegrep som er grunnlaget for hvem som nyter godt av de norske asylrettsbestemmelsene”.⁴⁵ Imidlertid påpeker lovutvalget i NOU 1983: 47 at inkorporasjonen av FNs flyktningebegrep ikke i praksis vil ”endre definisjonens karakter av et n o r s k flyktningebegrep”. Videre uttaler lovutvalget at flyktningebegrepet ”vil ha sin anvendelse innenfor det norske rettssystem og etter bedømmelse av norske myndigheter” og at anvendelsen fortsatt må ”skje på grunnlag av norsk praksis og norsk fortolkning, så lenge muligheten for bindende internasjonale avgjørelser må regnes for teoretisk”.⁴⁶ Det må imidlertid påpekes at også lovutvalget bemerker at ”UNHCR’s syn og den praksis som følges i andre land selvsagt bør veie tungt”.⁴⁷ I forslaget til ny utlendingslov går lovutvalget inn for at FNs flyktningebegrep inntas i selve loven.⁴⁸

Flyktningekonvensjonen regulerer ikke en subjektiv rett til asyl, men kun et vern mot refoulement i art. 33. Det vil derfor være mulig for norske myndigheter, uten å krenke folkeretten, å praktisere et ”norsk flyktningebegrep” i henhold til utl. § 16 så fremt myndighetene legger den folkerettslige forståelsen av begrepet ”flyktning” til grunn i

⁴³ Justisdepartementets retningslinjer pkt. 4.

⁴⁴ Blant annet Bunæs (2004) s. 206-207.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 203.

⁴⁶ NOU 1983: 47 s. 289.

⁴⁷ ibid. s. 356.

⁴⁸ NOU 2004: 20 s. 445 i forslaget til § 38, 1. ledd, bokstav a).

forhold til anvendelsen av bestemmelsene i flyktningekonvensjonen. I norsk rett er det således mulig å operere med to ulike flyktningebegrep. Et som svarer til FNs flyktningebegrep fortolket i lys av flyktningekonvensjonen og dets traktatrettslige kilder, og et ”norsk flyktningebegrep” i medhold av utl. § 16 som kun er anvendbar i forhold til norske asylregler.⁴⁹ FNs flyktningebegrep må imidlertid legges til grunn i vurderingen av om utlendingen er vernet mot utsendelse etter utl. § 15, 1. ledd, 1. pkt. da denne gjennomfører Norges forpliktelser etter flyktningekonvensjonen art. 33. Selv om det ikke er folkerettsstridig å operere med et ”norsk flyktningebegrep” i forhold til hvem som skal innvilges asyl, vil det være uheldig og upraktisk at det opereres med to ulike flyktningebegrep. Dette fordi begge har sitt utspring i den samme definisjonen.

I forslaget til ny utlendingslov, anbefaler lovutvalget å oppheve skillet mellom beskyttelsesvurderingen etter flyktningekonvensjonen art. 33, jfr. utl. § 15, 1. ledd, 1. pkt. og statusvurderingen etter flyktningekonvensjonen art. 1 A (2), jfr. utl. § 16, 1. ledd.⁵⁰ I tillegg går lovutvalget inn for at også utlendinger som er vernet mot utsendelse fordi utlendingen risikerer å bli ”utsatt for en slik fare for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff at Norge er folkerettslig forpliktet til ikke å sende vedkommende hjem”, skal anses som en flyktning.⁵¹ Det er positivt om alle som er vernet mot utsendelse blir innvilget flyktningestatus slik at det blir synliggjort at langt flere enn de som i dag får innvilget asyl, kan ha rettskrav på beskyttelse som følge av Norges internasjonale forpliktelser. Det er viktig å få frem at blant asylsøkere som får tillatelse etter utl. § 8, 2. ledd, er det en viss andel som er utsatt for reell fare for overgrep ved retur til hjemlandet. Det kan således oppstå misoppfatninger om at asylsøkere som får opphold etter utl. § 8, 2. ledd, ikke trenger beskyttelse, men at de er innvilget opphold på bakgrunn av en liberal nasjonal politikk.⁵² Dessuten bør alle som har et internasjonalt

⁴⁹ Einarsen (1997) s. 21.

⁵⁰ NOU 2004: 20 s. 392 i merknadene til § 38, 1. ledd, bokstav a).

⁵¹ ibid. s. 445 i forslaget til § 38, 1. ledd, bokstav b) og s. 392-393 i merknadene til § 38, 1. ledd, bokstav b).

⁵² ibid. s. 144- 146.

beskyttelsesbehov få de fordeler som følger av flyktningestatus, for eksempel unntak for underholdskravet ved en eventuell familiegjenforening, jfr. utf. § 25, 4. ledd, bokstav a).

4.3 Flyktningebegrepets vilkår

4.3.1 Velgrunnet frykt

FN flyktningebegrep inneholder flere kumulative vilkår som må være oppfylt for at en person skal anerkjennes som en flyktning. For det første må det foreligge en velgrunnet frykt. ”Med rette frykter” er den offisielle norske oversettelse av den engelske formuleringen ”well-founded fear”.⁵³ Imidlertid har denne oversettelsen blitt kritisert,⁵⁴ og i Norsk Organisasjon for Asylsøkeres (NOAS’) oversettelse benyttes formuleringen ”velgrunnet frykt” i stedet.⁵⁵ Denne formuleringen anbefales dessuten av lovutvalget i forslaget til ny utlendingslov.⁵⁶ Følgelig er det også denne formuleringen av uttrykket som benyttes i denne oppgaven. Formuleringen inneholder både et subjektivt og objektivt element. Med dette menes at den subjektive frykt som asylsøkeren opplever, må underbygges av en objektiv situasjon.⁵⁷

4.3.2 Forfølgelse

Det asylsøkeren må ha grunn til å frykte, er ”forfølgelse”. Både den naturlige forståelse av begrepet ”forfølgelse” og den språklige konteksten begrepet opptrer i, tilsier at overgrepet asylsøkeren frykter, er av betydelig karakter. Det finnes ingen universelt akseptert definisjon av begrepet ”forfølgelse”, men i følge håndboken kan det slutes fra flyktningekonvensjonen art. 33 at en trussel mot liv eller frihet på grunn av rase, religion, nasjonalitet, politisk oppfatning eller medlemskap i en spesiell sosial gruppe alltid er forfølgelse. I tillegg vil andre alvorlige krenkelser av menneskerettigheter som har

⁵³ NOU 1983: 47 vedlegg 6.

⁵⁴ Einarsen (1997) s. 40.

⁵⁵ NOAS’ oversettelse av håndboken s. 61.

⁵⁶ NOU 2004: 20 s. 445 i forslaget til § 38, 1. ledd, bokstav a).

⁵⁷ Håndboken pkt. 38.

bakgrunn i de samme grunner, utgjøre forfølgelse.⁵⁸ På denne bakgrunnen, vil overgrep som særlig rammer kvinner som for eksempel voldtekt og kjønnslemlestelse, anses som forfølgelse i konvensjonens forstand, såfremt overgrepet har sin årsak i en av konvensjonsgrunnene.

Forfølgelsesbegrepet blir nærmere definert i lovutvalgets forslag til ny utlendingslov. Definisjonen bygger på EUs statusdirektiv art. 9.⁵⁹ I utvalgets forslag til § 39, omtales hvilke handlinger som skal anses å utgjøre forfølgelse.⁶⁰ For det første er det handlinger som utgjør en ”alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter”. Grunnleggende menneskerettigheter vil ifølge lovforslaget, først og fremst være slike rettigheter som ikke kan fravikes i medhold av den europeiske menneskerettighetskonvensjonen⁶¹ art. 15 (2). Disse ufravikelige menneskerettighetene er retten til liv, jfr. EMK art. 2, retten til ikke å bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, jfr. EMK art. 3, retten til ikke å bli utsatt for slaveri, jfr. EMK art. 4 (1), og retten til ikke å bli straffet etter en lov med tilbakevirkende kraft, jfr. EMK art. 7. For det andre vil handlinger som utgjør ”flere forskjellige tiltak” anses som forfølgelse såfremt disse til sammen berører et menneske på en måte som kan sammenliknes med den førstnevnte gruppe av handlinger. Det foreslås videre at det blant annet tas inn en henvisning til at ”handling som er motivert av kjønn”, kan anses som en forfølgelsesform.⁶² Det er positivt at lovutvalget foreslår at det tas inn en definisjon av forfølgelsesbegrepet i selve loven, og at lovutkastet uttrykkelig viser til at handlinger som er motivert av kjønn, kan falle inn under forfølgelsesbegrepet. I høringsuttalelsen fra NOAS anbefales imidlertid at formuleringen ”handling som er motivert av kjønn” byttes ut med ”handling som er rettet mot kjønn”.⁶³ Dette fremstår

⁵⁸ Håndboken pkt. 51.

⁵⁹ NOU 2004: 20 s. 395 i merknadene til § 39, 1. ledd.

⁶⁰ ibid. s. 445 i forslaget til § 39, 1. ledd.

⁶¹ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) av 4. november 1950.

⁶² NOU 2004: 20 s. 446 i forslaget til § 39, 2. ledd, bokstav f).

⁶³ NOAS' høringsuttalelse til NOU 2004: 20. Nettilgang:

<http://www.regjeringen.no/upload/kilde/krd/hdk/2005/0013/ddd/pdfv/254696-noas.pdf>

som en bedre tilnærming, da det å bevise at en handling er motivert av kjønn kan synes problematisk. Dessuten er formuleringen ”handlinger som er rettet mot kjønn”, bedre i overensstemmelse med den engelske versjonen i EUs statusdirektiv art. 9, 2. ledd, bokstav f) som benytter formuleringen ”acts of a gender-specific (...) nature”. Lovutvalget foreslår videre hvem som kan opptre som forfølgere. I tillegg til staten, kan grupperinger som kontrollerer statsapparatet eller en stor del av statens territorium og ikke-statlige aktører, være forfølgere. For at ikke-statlige aktører skal kunne anses som forfølgere, er det imidlertid et krav om at staten, eventuelt grupperingene som har tatt over kontrollen, og internasjonale organisasjoner er ute av stand til eller uvillige til å treffe rimelige tiltak for å forhindre forfølgelsen.⁶⁴

4.3.3 Årsakssammenheng

Videre må det foreligge årsakssammenheng mellom forfølgelsen og personens tilhørighet til en av de fem alternative konvensjonsgrunnene. Hva som ligger i kravet til årsakssammenheng er ikke definert i lovutvalgets forslag til ny utlendingslov. Dette kravet bør i likhet med forfølgelsesbegrepet bli omtalt eksplisitt i den nye loven for å synliggjøre at kravet til årsakssammenheng også kan være oppfylt på en mer indirekte måte. Lovutvalget trekker frem et eksempel der denne type problematikk fremgår og som gjelder mishandling i hjemmet.⁶⁵ Der en ektemann mishandler sin kone, vil det ofte være begrunnet i andre omstendigheter enn at konen tilhører en sosial gruppe. Dersom myndighetene i kvinnens hjemland ut i fra en kvinnediskriminerende holdning mangler vilje til å gi misbrukte kvinner beskyttelse, bør kravet til årsakssammenheng anses oppfylt der myndighetenes manglende vilje til å gi beskyttelse er begrunnet i kvinnens tilhørighet til en nærmere avgrenset sosial gruppe. En slik tilnærming til kravet om årsakssammenheng vil være i overensstemmelse med UNHCRs retningslinjer. Disse vil bli nærmere omtalt under kapittel 5.

⁶⁴ NOU 2004: 20 s. 446 i forslaget til § 39, 3. ledd.

⁶⁵ ibid. s. 121.

4.3.4 Konvensjonsgrunnene

Konvensjonsgrunnene som flyktningebegrepet oppstiller er rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe og politisk oppfatning. Når det gjelder kjønnsaspektet i asylsaker har det hovedsakelig i teori og praksis blitt vist til ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe”. På denne bakgrunnen vil denne konvensjonsgrunnen bli nærmere omtalt i det neste kapittel. Det må imidlertid bemerkes at konvensjonsgrunnen ikke bør bli en samlegruppe for alle kvinner som utsettes for forfølgelse, og at kvinner også skal kunne oppnå flyktningestatus på bakgrunn av de andre konvensjonsgrunnene. ”Politisk oppfatning” og ”religion” som grunnlag for forfølgelse er like relevante i forhold til kvinnelige som mannlige asylsøkere. UNHCRs retningslinjer om kjønnsrelatert forfølgelse påpeker også dette, da de fremhever at tolkningen av ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe” ikke burde gjøre de andre konvensjonsgrunnene overflødige.⁶⁶

4.3.5 Utenfor landet og forholdet til hjemlandets myndigheter

Personen som frykter forfølgelse må dessuten befinne seg utenfor det landet vedkommende er statsborger av. I medhold av dette vilkåret vil personer som er internt fordrevne innen hjemlandets grenser, utelukkes fra flyktningedefinisjonen. Til slutt må personen være ute av stand til eller på grunn av forfølgelsesfrykten være uvillig til å påberope seg hjemlandets beskyttelse. Dette vilkåret er et utslag av at flyktningeretten er subsidiær i forhold til hjemlandets beskyttelse. I følge dette vilkåret må hjemlandets myndigheter enten selv stå bak forfølgelsesfaren eller mangle evne og/eller vilje til å gi søkeren beskyttelse.⁶⁷

⁶⁶ UNHCR (2002)b pkt. 28.

⁶⁷ Bunæs (2004) s. 211.

5 Kvinner som mulig sosial gruppe

5.1 Innledning

Konvensjonsgrunnen ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe” er den som oftest påberopes som asylgrunnlag i asylsaker med et kjønnsaspekt. Det er også denne konvensjonsgrunnen som har gitt opphav til størst tolkningstvil der norsk praksis tradisjonelt sett har valgt å basere seg på en snever tolkning.⁶⁸ Helt siden Justisdepartementets retningslinjer ble introdusert i 1998 har kvinner som frykter kjønnsbasert forfølgelse blitt ansett for å tilhøre en spesiell sosial gruppe og således hatt grunnlag for asyl i Norge.⁶⁹ Imidlertid har svært få kvinner fått innvilget asyl på dette grunnlaget. Som begrunnelse for den restriktive praksisen har det blant annet blitt vist til det kontrolltekniske aspektet.⁷⁰

I den senere tid har spørsmålet om hvorvidt kvinner som frykter forfølgelse kan utgjøre en spesiell sosial gruppe blitt drøftet både i Norge og i andre stater som har ratifisert flyktningekonvensjonen. Siden kvinner utgjør omtrent halvparten av verdens befolkning, har det å anse kvinner generelt som en spesiell sosial gruppe møtt motbør.⁷¹ I både norsk og internasjonal praksis finnes det imidlertid eksempler på at kvinner som risikerer forfølgelse, er blitt ansett å tilhøre en nærmere avgrenset gruppe av kvinner og på denne måten oppfylt vilkåret om konvensjonsgrunn. Dette var tilfelle i den såkalte Fatinsaken, som blir omtalt senere, hvor den amerikanske domstolen vurderte tre aktuelle undergrupper av gruppen kvinner.

⁶⁸ NOU 2004: 20 s. 107 og s. 110.

⁶⁹ Justisdepartementets retningslinjer pkt. 4.

⁷⁰ NOU 2004: 20 s. 110-111.

⁷¹ Holth (2003) pkt. 5.3.1.

5.2 Fortolkning

5.2.1 Ordlyd

Ifølge traktatrettskonvensjonen art. 31(1) er det traktatens ordlyd lest i sammenheng med traktatens formål og kontekst som skal legges til grunn ved tolkningen av en traktat.

Ifølge fortalen var hovedformålet med flyktningekonvensjonen å utvide omfanget av den beskyttelse som ble tilbudt under tidligere mellomfolkelige overenskomster om flyktnings stilling. Formålet indikerer at vage uttrykk, slik som formuleringen ”medlemskap i en sosial gruppe”, bør tolkes utvidende. Begrepet ”sosial gruppe” vil i sosiologien være en gruppe som en person identifiserer seg med eller tolker sin egen stilling ut fra.⁷² Ut i fra en slik forståelse, vil begrepet omfatte alle definerbare grupper i samfunnet og indikerer følgelig et vidt anvendelsesområde,⁷³ hvor også kvinner kan inngå.

Imidlertid heter det at det kun er ”medlemskap” i den ”spesielle” sosiale gruppen som kan gi grunnlag for flyktningestatus. Siden ordene ”medlemskap” og ”spesiell” er inntatt i konvensjonsgrunnen, taler dette for at begrepets anvendelsesområde innsnevres. I dagligtalen blir ordet ”medlemskap” først og fremst benyttet der det foreligger et formelt forhold mellom medlemmet og gruppen, for eksempel ved registrering og betaling av medlemskontingent. Ifølge Einarsen⁷⁴ finnes det imidlertid ingen andre rettskildemessige holdepunkter for en slik forståelse, og en slik fortolkning har heller ikke blitt seriøst drøftet i teori eller praksis. Videre mener Einarsen at det ut fra den aktuelle traktatrettslige konteksten, må ”medlemskap” i flyktningebegrepet forstås i materiell forstand. Spørsmålet blir således om asylsøkeren i den politiske og menneskerettslige situasjonen som hersker i hjemlandet, har en slik faktisk tilknytning til en spesiell sosial gruppe, at vedkommende har velgrunnet frykt for å bli forfulgt. Imidlertid påpeker Einarsen at den formelle tilknytningen fortsatt er av interesse da det i visse tilfeller nettopp vil være den formelle tilknytningen

⁷² Bokmålsordboka. Nettilgang: <http://www.dokpro.uio.no/perl/ordboksoek/ordbok.cgi>

⁷³ Einarsen (2000) s. 353.

⁷⁴ *ibid.* s. 354.

som gjør vedkommende utsatt for forfølgelse. Ordet ”spesiell” antyder at gruppen må ha bestemte karaktertrekk som atskiller gruppen fra den øvrige befolkningen. Dette taler for at ikke alle kvinner anses som en spesiell sosial gruppe, men at kvinner imidlertid kan inngå i en nærmere avgrensning av en spesiell sosial gruppe.

5.2.2 Forarbeider

I følge traktatrettskonvensjonen art. 32 er forarbeider kun å regne som supplerende tolkningsmomenter, men kan være til hjelp der ordlyden er uklar.

Forarbeidene til flyktningekonvensjonen gir lite veiledning om hvorfor konvensjonsgrunnen medlemskap i en spesiell sosial gruppe ble inntatt i FNs flyktningebegrep. Begrepet ble tatt inn i flyktningedefinisjonen etter forslag fra den svenske delegaten som påstod at sosiale grupper eksisterte, og at flyktningekonvensjonen burde nevne denne forfølgelsesgrunnen eksplisitt. Den manglende debatten rundt konvensjonsgrunnen tilsier at datidens eksempler på slik forfølgelse har vært i tankene til dem som forhandlet frem konvensjonsteksten.⁷⁵ Spesielt er det to flyktningesituasjoner som traktatforhandlerne kan ha tenkt på. Den første situasjonen omhandler personer som hadde flyktet fra nazistenes forfølgelse fordi de tilhørte forskjellige grupper som ble oppfattet som ”asosiale” eller ”mindreverdige”. Den andre flyktningesituasjonen som var aktuell i 1951 var kommunistenes forfølgelse av kjøpmenn, landeiere og kapitalister som foregikk i tidligere Sovjetunionen.⁷⁶ Det er nærliggende å anta at traktatforhandlerne ikke tok stilling til kjønnsaspektet ved utformingen av flyktningebegrepet, gitt kjønnsrollemønstret i samfunnet på denne tiden. Det er imidlertid uavklart om traktatforhandlerne ønsket at konvensjonsgrunnen skulle omfatte grupper som møtte nye typer av forfølgelse,⁷⁷ deriblant kvinner som i dag har en velgrunnet frykt for å bli forfulgt på grunn av forhold tilknyttet deres kjønn.

⁷⁵ Goodwin-Gill (1998) s. 46.

⁷⁶ Einarsen (2000) s. 358.

⁷⁷ Goodwin-Gill (1998) s. 47.

5.2.3 Statspraksis

Traktatrettskonvensjonen art. 31(3)(b) fastslår at etterfølgende praksis mellom traktatpartene kan gi uttrykk for hvordan en traktat skal fortolkes. Vekten av slik praksis avhenger imidlertid av om den er felles for de kontraherende parter og om den er konsistent.⁷⁸ I det de kontraherende parter har fortolket konvensjonsgrunnen på ulike måter, kan det være mer naturlig å se de ulike retningene innen statspraksis som supplerende tolkningsmomenter etter traktatrettskonvensjonen art. 32.

Et hovedskille går mellom de statene som tilhører en angloamerikansk rettstradisjon, og de som tilhører en kontinentaleuropeisk rettstradisjon, hvor Norge hører hjemme.⁷⁹ En overordnet tolkningslære, det såkalte "ejusdem generis-prinsippet", har særlig hatt innvirkning på amerikansk og kanadisk rettspraksis. Kjernen i denne tolkningslæren er at "et generelt begrep som i en tekstlig sammenheng følger etter en oppramsing av mer spesifikke begreper, skal tolkes slik at det innholdsmessig blir 'av samme slag' som de mer spesifikke begrepene".⁸⁰ Overført til FNs flyktningebegrep, innebærer denne læren at begrepet "sosial gruppe" må tolkes i lys av kategoriene rase, religion, nasjonalitet og politisk oppfatning. Det er først og fremst James C. Hathaway det vises til i forbindelse med denne lærens innvirkning på forståelsen av "sosial gruppe", og han har definert fem undergrupper av begrepet. Disse undergruppene er kjønn, seksuell orientering, familie, klasse eller kaste og frivillige foreninger.⁸¹

To ulike tilnærminger til begrepet "spesiell sosial gruppe" har dominert innenfor angloamerikansk rettspraksis, de såkalte "protected characteristics"- og "social perception"- testene. "Protected characteristics"- testen består i å undersøke om ett av tre alternative kriterier er oppfylt. Det undersøkes først om medlemmene i gruppen har noen felles karaktertrekk som er medfødte og som ikke kan endres, for eksempel kjønn. Videre

⁷⁸ Ruud (2002) s. 74-75.

⁷⁹ NOU 2004: 20 s. 107.

⁸⁰ I.c.

⁸¹ ibid. s. 107-108.

om gruppen er definert av en tidligere forbigående eller frivillig status som er uforanderlig på bakgrunn av dens fastlagte historiske karakter. Til slutt om medlemmene i gruppen har noen felles karaktertrekk som er så grunnleggende for deres menneskeverd at de ikke bør kreves opphørt.⁸² Denne tilnærmingen har sitt opphav i den såkalte Acostasaken⁸³. Domstoler og forvaltningsorganer som har benyttet seg av denne tilnærmingen har konkludert med at blant annet kvinner kan utgjøre en spesiell sosial gruppe,⁸⁴ jfr. blant annet Kasingasaken, som omtales nærmere nedenfor.

Den andre tilnærmingen består i å undersøke hvorvidt medlemmene i gruppen deler en felles karakteristikk som er så fremtredende at medlemmene blir oppfattet som en spesiell sosial gruppe i samfunnet. Også denne tilnærmingen anerkjenner kvinner som en mulig spesiell sosial gruppe.⁸⁵

Praksis innen den kontinentaleuropeiske rettstradisjon er derimot mindre utviklet og har ikke utviklet faste kriterier for tolkningen av begrepet ”spesiell sosial gruppe”.⁸⁶ Det føres imidlertid en mer restriktiv praksis innefor kontinentaleuropeisk rettstradisjon i forhold til flyktningevurderingen vedrørende en ”spesiell sosial gruppe” enn innenfor angloamerikansk rettstradisjon, med den følge at flyktningestatus blir avslått og at beskyttelse i stedet blir innvilget under subsidiære beskyttelsesinstrumenter.⁸⁷

⁸² UNHCR (2002)a pkt. 5-6.

⁸³ Matter of Acosta (USA, 1985).

⁸⁴ UNHCR (2002)a pkt. 6.

⁸⁵ ibid. pkt. 7.

⁸⁶ ibid. pkt. 8.

⁸⁷ NOU 2004: 20 s. 109.

5.2.4 Eksempler på internasjonale rettsavgjørelser

5.2.4.1 Fatinsaken⁸⁸

Fatinsaken gjaldt en iransk kvinne som etter seks år som student i USA, søkte om asyl. Som asylgrunnlag ble det anført at hun ville bli tvunget til å underkaste seg et islamsk fundert syn på kvinners rolle i samfunnet, herunder blant annet krav om offentlig å bære slør, ved retur til Iran. Hun viste til at Irans diskriminerende behandling av kvinner krenket hennes frihet til å utrykke seg og hennes rett til likestilling.⁸⁹

Etter at søknaden ble avvist av forvaltningen og United States Board of Immigration Appeals (BIA), ble saken anket inn for Courts of Appeal. Domstolen la til grunn at en asylsøker for å få innvilget asyl på bakgrunn av ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe”, må oppfylle tre krav. For det første må gruppen kunne identifiseres. Videre må asylsøkeren vise at hun eller han tilhører gruppen, og til slutt vise at hun eller han vil bli forfulgt eller har en velgrunnet frykt for å bli forfulgt på grunnlag av medlemskapet. Domstolen vurderte videre tre aktuelle definisjoner av sosial gruppe. Den første definisjonen omfattet alle kvinner i Iran, mens den andre gjaldt iranske kvinner som ikke ønsker å tilpasse seg myndighetenes kjønns spesifikke lover og sosiale normer, men som i en presset situasjon likevel bøyer seg. Den siste mulige sosiale gruppen var iranske kvinner som finner de kjønns spesifikke lovene så provoserende at de ikke akter å følge dem. Når det gjaldt førstnevnte undergruppe, fant ikke domstolen det dokumentert at Irans behandling av kvinner som sådan kunne anses som forfølgelse. Domstolen fant heller ikke at kvinnen kunne anses omfattet av den tredje gruppen siden hun ikke ville nekte å følge de sosiale normene, men bare forsøke å unngå tilpasning om det var praktisk mulig. Domstolen fant derimot at kvinnen kunne anses å tilhøre den andre undergruppen da retten la til grunn at det å tvinge noen til å oppføre seg i strid med dypt følte oppfatninger, kan utgjøre forfølgelse. Etter en konkret vurdering av kvinnens situasjon mente imidlertid domstolen at

⁸⁸ Fatin v. I.N.S (USA, 1993).

⁸⁹ Einarsen (2000) s. 377.

den tilpasningen som kvinnen måtte finne seg i ved en retur, ikke var tilstrekkelig til å kunne bli kategorisert som forfølgelse. Kvinnen ble følgelig ikke innvilget asyl.⁹⁰

5.2.4.2 Kasingasaken⁹¹

I en annen amerikansk sak, anførte en ung kvinne, Fauziya Kasinga, at hun fryktet å bli utsatt for kjønnslemlestelse ved retur til Togo. Da hun var 17 år gammel, ble hun truet til å gifte seg med en mann som allerede hadde tre koner fra før. Ektemannen krevde at hun skulle la seg omskjære. United States Board of Immigration Appeals (BIA) fant at kjønnslemlestelse var en form for forfølgelse. BIA fastslo at kvinnen var omfattet av en spesiell sosial gruppe i egenskap av å være en ung kvinne fra Tchamba-Kunsuntu-stammen som ikke hadde vært utsatt for kjønnslemlestelse, noe som ble praktisert av stammen, og som var i mot en slik praksis. Ved en henvisning til Acosta-saken, ble det slått fast at karakteristikken av å være en ”ung kvinne” og et ”medlem av Tschamba-Kunsuntu-stammen” ikke kunne forandres. Videre ble det bemerket at det å ha intakte kjønnsorganer er så grunnleggende for den individuelle identiteten for en ung kvinne at hun ikke burde bli tvunget til å forandre seg. BIA fant videre at det forelå årsakssammenheng mellom frykten for kjønnslemlestelse og hennes tilhørighet til den sosiale gruppen. Asyl ble således innvilget.⁹²

5.2.4.3 Islam & Shah⁹³

Islam/Shah, en britisk avgjørelse fra 1999, gjaldt to gifte, pakistanske kvinner som søkte asyl i England på bakgrunn av grov fysisk mishandling fra sine ektefeller. Kvinnene anførte at dersom de ble tvunget til å returnere til Pakistan ville de ikke kunne søke beskyttelse hos myndighetene og ville være i fare for å bli utsatt for straffeforfølgelse på grunn av utroskap. I House of Lords ble tre alternative definisjoner av begrepet ”sosial gruppe” vurdert. Det første alternativet var at kvinnenenes kjønn, mistanken om utroskap og

⁹⁰ ibid. s. 377-378.

⁹¹ In re Fauziya Kasinga (USA, 1996).

⁹² Nettilgang: <http://www.usdoj.gov/eoir/vll/intdec/vol21/3278.pdf>

⁹³ Islam and Shah (UK, 1999).

deres status som ubeskyttede kvinner i Pakistan tilsa at de hadde tilhørighet til en spesiell sosial gruppe. Det neste alternativet var den gruppen kvinner som velger å ikke leve i tråd med gjeldende normer i samfunnet. Det siste alternativet som ble vurdert, bestod i at kvinner i Pakistan skulle anses som en sosial gruppe. Rettens flertall kom frem til at pakistanske kvinner kunne anses å utgjøre en sosial gruppe. Vurderingen ble gjort på grunnlag av at pakistanske kvinner opplever diskriminering, og at de som gruppe ikke får beskyttelse i sitt hjemland. Rettens flertall fastslo at søkerne kunne anses forfulgt som medlemmer av denne sosiale gruppen. Begrunnelsen for at kvinnene var å anse som en sosial gruppe, var basert på en tilnærming som både liknet ”protected characteristics”-testen og ”social perception”-testen”.⁹⁴

5.2.4.4 Bemerkninger

Til tross for at det ikke ble innvilget asyl, er Fatinsaken interessant sett i lys av domstolens vurdering av begrepet ”sosial gruppe”. Vurderingen av de ulike definisjoner av sosial gruppe, viser at domstolen tar utgangspunkt i en vid forståelse av begrepet, hvor blant annet alle kvinner i et land kan inngå. Denne vurderingen samsvarer med den UNHCR kommer frem til i sine retningslinjer om sosial gruppe, der det påpekes at en gruppes størrelse ikke i seg selv kan være en avgjørende faktor for ikke å anse konvensjonsgrunnen som oppfylt.⁹⁵ Dette muliggjør at alle kvinner i Iran hadde kunnet anses som en spesiell sosial gruppe i konvensjonens forstand, på tross av at en slik vurdering ville kunne føre til at ”alle” kvinner i Iran hadde kunnet kreve beskyttelse. I prinsippet vil altså den spesielle sosiale gruppen ”kvinner i Iran” kunne anerkjennes, dersom det kunne påvises at myndighetenes behandling av kvinner generelt kunne sidestilles med forfølgelse. Som det fremgår i de neste to kapitlene, fremstår denne tolkningen videre enn den som blir lagt til grunn i norsk praksis.

I debatten om norsk asylpraksis anføres ofte innvandringsmessige konsekvenshensyn og kontrolltekniske vanskeligheter som et sterke argumenter mot at misbruk i hjemmet kan

⁹⁴ Holth (2003) pkt. 5.3.2.1 og NOU 2004: 20 s. 121.

⁹⁵ UNHCR (2002)a pkt. 18.

danne grunnlag for beskyttelse. Islam/Shah- avgjørelsen er et viktig bidrag i så henseende da den viser at kvinner på tross av kontrolltekniske vanskeligheter kan få innvilget asyl på bakgrunn av misbruk i hjemmet. I likhet med Courts of Appeal i Fatinsaken, legger House of Lords en vid forståelse av spesiell sosial gruppe til grunn i Islam/Shah.

Et viktig moment i sakene om Kasinga og Islam/Shah er at de viser at også overgrep på den private arena kan danne grunnlag for internasjonal beskyttelse på lik linje med forfølgelse i det offentlige rom. Disse sakene eksemplifiserer også at det anerkjennes at ikke-statlige aktører kan stå bak forfølgelsen i likhet med UNHCRs retningslinjer⁹⁶ og Justisdepartementets retningslinjer.⁹⁷

5.3 Andre supplerende tolkningsmomenter

Ifølge traktatrettskonvensjonen art. 32, bokstav a) kan supplerende tolkningsmomenter tas i betraktning når tolkningen i henhold til art. 31 etterlater betydningen uklar. Her vil særlig UNHCRs retningslinjer og anbefalinger være relevante. Dessuten vil EUs statusdirektiv bli omtalt.

5.3.1 UNHCRs retningslinjer

5.3.1.1 Spesiell sosial gruppe

I sine retningslinjer anbefaler UNHCR en definisjon av begrepet ”spesiell sosial gruppe” som omfatter både ”protected characteristics”- testen og ”social perception”- testen. Definisjonen åpner for at enten kriteriene under ”protected characteristics”- testen eller kriteriene under ”social perception” - testen må være oppfylt for at det skal kunne være tale om en spesiell sosial gruppe. I følge denne definisjonen vil en spesiell sosial gruppe være en gruppe personer som deler en felles karakteristikk utover faren for forfølgelse, eller som oppfattes som en distinkt gruppe av samfunnet. Karakteristikken vil ofte være medfødt, uforanderlig eller på annen måte grunnleggende for identitet, samvittighet eller utøvelsen

⁹⁶ UNHCR(2002)b pkt. 19 og UNHCR(2002)a pkt. 20-23.

⁹⁷ Justisdepartementets retningslinjer pkt. 2.

av menneskerettigheter. Ifølge UNHCR kan kjønn med rette falle inn under begrepet sosial gruppe, da kvinner er et tydelig eksempel på en sosial undergruppe som karakteriseres av medfødte og uforanderlige kjennetegn og som regelmessig blir behandlet annerledes enn menn.⁹⁸

I begrunnelsen av definisjonen påpekes det at en sosial gruppe ikke utelukkende kan defineres ut i fra den forfølgelse medlemmene risikerer. Imidlertid vil forfølgelse av en gruppe kunne være en relevant faktor i å avgjøre tilstedeværelsen av en spesiell sosial gruppe i samfunnet.⁹⁹ Det anføres videre at det ikke er nødvendig at medlemmene kjenner hverandre eller er tilknyttet som en gruppe, for å kunne konstatere at en spesiell sosial gruppe eksisterer. Det avgjørende er snarere hvorvidt det foreligger en felles karakteristikk som deles av gruppemedlemmene.¹⁰⁰ Videre påpekes det at det ikke er et vilkår for å bli ansett som en spesiell sosial gruppe at alle medlemmene i gruppen risikerer forfølgelse.¹⁰¹ Retningslinjene henviser videre til at det ikke er til hinder for å konstatere eksistensen av en sosial gruppe at gruppen er meget stor, og at dens medlemmer eventuelt utgjør en majoritet i befolkningen i den stat hvor de blir forfulgt.¹⁰²

Det påpekes at kravet til årsakssammenheng kan være oppfylt i to tilfeller. For det første der det foreligger en reell fare for å bli forfulgt av en ikke-statlig aktør på bakgrunn av en av konvensjonsgrunnene, uansett om myndighetenes fravær av beskyttelse er relatert til konvensjonen eller ikke. Samt der faren for å bli forfulgt av en ikke-statlig aktør ikke er relatert til konvensjonsgrunnene, men der myndighetenes mangel på evne eller vilje til å tilby beskyttelse derimot er fundert på en av konvensjonsgrunnene. For eksempel i en situasjon der det er tale om vold i hjemmet, vil ikke kvinnen alltid være i stand til å påvise at hennes mann misbruker henne på grunn av hennes tilhørighet til en av

⁹⁸ UNHCR (2002)a pkt. 10-13.

⁹⁹ ibid pkt. 14.

¹⁰⁰ ibid pkt. 15.

¹⁰¹ ibid. pkt. 17.

¹⁰² ibid. pkt. 18.

konvensjonsgrunnene. Dersom myndighetene ikke er villige til å tilby beskyttelse på grunn av en av konvensjonsgrunnene vil hun kunne anføre et rettmessig krav om flyktningestatus, da den skaden som er påført henne av hennes mann er basert på myndighetenes uvillighet til å beskytte henne på bakgrunn av konvensjonsgrunner.¹⁰³

5.3.1.2 Kvinner som medlemmer av spesiell sosial gruppe

Allerede i 1985 anerkjente UNHCRs Eksekutivkomité at konvensjonsstatene kan legge til grunn en tolkning som innebærer at kvinnelige asylsøkere som blir utsatt for dårlig eller umenneskelig behandling fordi de har overskredet samfunnets sosiale normer, kan anses som en spesiell sosial gruppe.¹⁰⁴

Videre oppfordres det i UNHCRs retningslinjer fra 1991 til at konvensjonsstatene bør fremme forståelse i søknadsprosessen for at kvinner som frykter forfølgelse eller alvorlig diskriminering på bakgrunn av deres kjønn, bør bli ansett som medlemmer av en sosial gruppe. I de samme retningslinjene oppfordres det også til forståelse for at det kan være grunnlag for flyktningestatus hvor myndighetene ikke kan eller vil beskytte kvinner som er utsatt for overgrep på grunn av brudd på sosiale normer. Det blir presisert at det ikke nødvendigvis er myndighetene som har stått for overgrepene.¹⁰⁵

I retningslinjene om kjønnsrelatert forfølgelse bemerkes det at asylsøknader der kjønn er anført ofte har blitt analysert innenfor rammene av spesiell sosial gruppe. Imidlertid har den vekt som har blitt lagt på spesiell sosial gruppe i noen tilfeller ført til at andre konvensjonsgrunner har blitt oversett. UNHCR påpeker således at tolkningen av spesiell sosial gruppe ikke bør gjøre de andre konvensjonsgrunnene overflødige.¹⁰⁶ Gruppens størrelse har til tider blitt brukt som grunnlag for å avslå anerkjennelse av kvinner generelt som en spesiell sosial gruppe. Ifølge UNHCR er dette argumentet ikke velgrunnet, da de

¹⁰³ ibid. pkt. 20-23.

¹⁰⁴ Einarsen (2000) s. 376.

¹⁰⁵ l.c.

¹⁰⁶ UNHCR (2002)b pkt. 28.

andre konvensjonsgrunnene ikke er bundet av tilsvarende spørsmål om størrelse. Det påpekes videre at det ikke burde være noe krav om at den spesielle sosiale gruppen opptrer samlet, at den innebærer frivillig medlemskap, eller at alle gruppens medlemmer blir forfulgt. Det bemerkes videre at det er anerkjent at det bør være mulig å identifisere gruppen uavhengig av forfølgelsen, men diskriminering og forfølgelse vil imidlertid kunne være relevante faktorer i forhold til å avgjøre gruppens synlighet i en bestemt sammenheng.¹⁰⁷

5.3.2 EUs statusdirektiv

I EUs statusdirektiv art. 10, 1. ledd, bokstav (d) gis en definisjon av begrepet ”spesiell sosial gruppe”. Det foretas her en innstramming i forhold til UNHCRs definisjon da både kriteriene under ”protected characteristics”- testen og kriteriene under ”social perception”- testen må være oppfylt. Imidlertid er det verdt å merke seg at EUs definisjon ikke er uttømmende, da ordet ”særlig” er inntatt i ordlyden. I følge EUs definisjon skal en gruppe anses som en ”spesiell sosial gruppe” særlig der medlemmene av denne gruppen deler en medfødt karakteristikk, eller en felles bakgrunn som ikke kan endres, eller deler en karakteristikk eller overbevisning som er så grunnleggende for en persons identitet eller samvittighet at det ikke bør forlanges at personen må gi den opp og at gruppen har en atskilt identitet i det aktuelle landet, fordi den oppfattes som annerledes av samfunnet rundt. Videre fremgår det av bestemmelsen at kjønnsrelaterte aspekter kan bli vurdert under begrepet ”spesiell sosial gruppe”, uten at disse alene kan danne grunnlag for å presumere at artikkelen kommer til anvendelse.

5.4 Justisdepartementets retningslinjer

I følge retningslinjene skal forfølgelse på grunn av kjønn som et ”prinsipielt asylrettslig utgangspunkt” omfattes av FNs flyktningebegrep, med det resultat at asyl blir gitt. Det slås fast at forfølgelse på grunn av kjønn kan trekkes inn under konvensjonsgrunnen medlemskap i en spesiell sosial gruppe. I saker der kvinner bryter med skrevne eller

¹⁰⁷ ibid. pkt. 31.

uskrevne regler som gjelder for det sosiale liv, for så på dette grunnlaget å bli straffet med reaksjoner av en så alvorlig karakter at disse kan karakteriseres som forfølgelse i forhold til FNs flyktningebegrep, skal det i utgangspunktet innvilges asyl. Kjønnrelatert forfølgelse vil videre foreligge i situasjoner hvor de aktuelle normene for det sosiale livet i utgangspunktet gjelder begge kjønn, men hvor kvinners brudd på disse straffes betydelig strengere enn menns.¹⁰⁸

Ifølge retningslinjene skal asyl i utgangspunktet ikke gis der asylsøkeren anfører at hun ved retur til hjemlandet gjennom sin livsførsel i Norge eller fremtidig livsførsel vil kunne komme til å bryte med straffesanksjonerte, kjønnsdiskriminerende regler. Dette gjelder så fremt det ikke er holdepunkter for at kvinnen også før utreisen har utfordret kvinnesynet i hjemlandet. Det bemerkes imidlertid at sår place-begrensningene blant annet ikke gjelder i situasjoner der kvinnen risikerer å bli utsatt for tvangsmessig kjønnslemlestelse ved retur til hjemlandet. I slike tilfeller vil asyl likevel kunne bli gitt.¹⁰⁹

I retningslinjene uttales det dessuten at all forfølgelse relatert til spørsmålet om asyl skal likestilles, uavhengig av hvem forfølgeren er. Dette innebærer at det er uten betydning om kvinnen blir forfulgt av myndighetene i hjemlandet eller av ikke-statlige aktører.¹¹⁰ Dette synspunktet har også støtte i håndboken,¹¹¹ UNHCRs retningslinjer om kjønnrelatert forfølgelse¹¹² og retningslinjene om sosial gruppe.¹¹³

5.5 Forslag til ny utlendingslov

I lovutvalgets forslag til ny utlendingslov, heter det i § 40, 1. ledd, bokstav d) at:

¹⁰⁸ Justisdepartementets retningslinjer pkt. 4.

¹⁰⁹ l.c.

¹¹⁰ ibid. pkt. 2.

¹¹¹ Håndboken pkt. 65.

¹¹² UNHCR (2002)b pkt. 19.

¹¹³ UNHCR (2002)a pkt. 20.

”En spesiell sosial gruppe skal særlig anses å omfatte en gruppe mennesker som har et felles kjennetegn ut over faren for å bli forfulgt, og som oppfattes som en gruppe av samfunnet. Det felles kjennetegn kan være iboende eller av andre grunner uforanderlig, eller for øvrig utgjøres av en væremåte eller en overbevisning som er så grunnleggende for identitet, samvittighet eller utøvelse av menneskerettigheter at et menneske ikke kan forventes å oppgi den.”¹¹⁴

Forslaget er positivt i den forstand at det blir lovfestet en definisjon av ”spesiell sosial gruppe” slik at begrepets innhold blir klargjort i norsk rett. Med en lovfestet definisjon er det Stortinget som har fastslått definisjonens innhold, noe som vil kunne bidra til en mer konsekvent behandling i norsk utlendingsforvaltning da rommet for skjønnsmessig vurdering innskrenkes. Videre vil en lovfestet definisjon ”tvinge” utlendingsmyndighetene til å ta stilling til om vilkårene er oppfylt. Domstolen vil således kunne få større adgang til å overprøve forvaltningens lovtolkning. Det er imidlertid verdt å bemerke at en legaldefinisjon av ”spesiell sosial gruppe” kan være av mindre betydning dersom kravene til troverdighet og sannsynliggjøring i asylsaker med et kjønnsaspekt ikke samtidig senkes.

Den nye loven bør imidlertid baseres på UNHCRs definisjon snarere enn EUs statusdirektiv, da UNHCR som nevnt legger en videre forståelse av ”spesiell sosial gruppe” til grunn ved å si at enten ”protected characteristics”- testen eller ”social perception”- testen må være oppfylt. Forslaget til ny utlendingslov baserer seg derimot på en forståelse av at både ”protected characteristics”- testen og ”social perception”- testen må være oppfylt. I forslaget til ny utlendingslov vil følgelig bruken av og i stedet for eller innbære strengere krav i forhold til å kunne påberope seg tilhørighet til en spesiell sosial gruppe, enn det som er tilfellet i UNHCRs definisjon.

¹¹⁴ NOU 2004: 20 s. 446.

6 Utlendingsnemndas praksis

6.1 Innledning

På bakgrunn av det utvalget som er gjort, redegjøres det her for Utlendingsnemndas praksis innenfor 52 saker der kjønnsaspektet utgjør et sentralt element. Sakene er kategorisert etter forfølgelsessituasjon. Forfølgelsessituasjonene eksemplifiseres med relevante saker på området.

6.2 Tvangsekteskap

Faren for tvangsekteskap ble påberopt i tolv av vedtakene. I tre av sakene ble asyl innvilget. Tillatelse etter utl. § 8, 2. ledd ble gitt i fem av vedtakene, mens i fire av dem ble klagen ikke tatt til følge. I de fleste sakene fryktet kvinnen å bli drept eller alvorlig skadet dersom hun motsatte seg ekteskapet.

I de sakene hvor klagen enten ikke ble tatt til følge eller kun delvis ble tatt til følge, var hovedårsakene at asylforklaringen enten ble ansett som lite troverdig,¹¹⁵ at frykten for forfølgelse ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort¹¹⁶ eller at kvinnen kunne søke hjelp hos myndighetene eller krisesentre i hjemlandet.¹¹⁷ I flere av sakene ble tillatelse innvilget etter utl. § 8, 2. ledd på bakgrunn av en helhetsvurdering der blant annet hensynet til kvinnens barn, hensynet til kvinnen som enslig mor eller kvinnens sykdom ble vektlagt.¹¹⁸

¹¹⁵ For eksempel praksisbasens referansenummer: 340108864805:80 (Guinea, måned:2005.08).

¹¹⁶ For eksempel praksisbasens referansenummer: 340803748702:80 (Nepal, måned:2003.05).

¹¹⁷ For eksempel praksisbasens referansenummer: 187709238509:81 (Tyrkia, måned:2003.12).

¹¹⁸ For eksempel praksisbasens referansenummer: 340106036604:80 (Nigeria, måned:2006.03).

Det er kun i en sak fra 2006 hvor den aktuelle sosiale gruppen blir definert. Denne saken gjaldt en somalisk kvinne som anførte at hun fryktet å bli drept ved retur, på bakgrunn av at hun ikke ville gifte seg med en eldre mann som hennes fars bror hadde pekt ut for henne. Til tross for at nemndas flertall mente det forelå troverdighetstil, ble kvinnens forklaring lagt til grunn. Flertallet la til grunn at tvangsekteskap var forfølgelse i flyktningekonvensjonens forstand og at "kvinner i Somalia" måtte oppfattes som en sosial gruppe. Asyl ble således innvilget.¹¹⁹

I en annen sak fra 2006, anførte kvinnen at hun ikke ønsket å gifte seg med sin fetter som farens brødre hadde fremsatt krav om. Kvinnen anførte at hun risikerte alvorlige overgrep fra farens brødre ved retur til Afghanistan. Flertallet i nemnda, nemndmedlemmene, la kvinnens asylforklaring til grunn. Flertallet fastslo at tvangsekteskap må anses som et overgrep av slik art og omfang at det dreide seg om forfølgelse i konvensjonens forstand. Videre ble det bemerket at mulighetene for beskyttelse fra myndighetene var svak for alle grupper i Afghanistan, men at det på grunn av kjønnsollemønsteret ville være spesielt vanskelig for kvinner å søke beskyttelse mot tvangsekteskap. Flertallet konkluderte følgelig med at det forelå årsakssammenheng mellom forfølgelsen og konvensjonsgrunnen "sosial gruppe". Kvinnen ble innvilget asyl.¹²⁰ I vedtakssammendraget blir konvensjonsgrunnen spesiell sosial gruppe, ikke nærmere definert. UNE vurderer imidlertid kravet til årsakssammenheng i overensstemmelse med UNHCRs retningslinjer da det synes som det er den manglende vilje hos myndighetene til å beskytte utsatte kvinner mot tvangsekteskap som etablerer den nødvendige årsakssammenheng.

I en sak fra 2004, kom nemnda til at kvinnen falt utenfor forfølgelseskategoriene i FNs flyktningebegrep. En pakistansk kvinne søkte asyl etter hun hadde fått avslag på søknad om forlenget visum. Hun anførte som asylgrunnlag at hun stod i fare for tvangsekteskap, og at hun risikerte å bli alvorlig skadet eller drept om hun motsatte seg dette. Nemndas flertall, nemndmedlemmene, la klagerens anførsler til grunn da de mente at kvinnen hadde forklart

¹¹⁹ Praksisbasens referansenummer: 340301213907:80 (Somalia, måned:2006.09).

¹²⁰ Praksisbasens referansenummer: 340308500701:80 (Afghanistan, måned:2006.06).

seg stort sett tillitsvekkende. Konvensjonsgrunnen ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe” ble særlig vurdert. I forbindelse med vurderingen av en sosial gruppe, bemerket nemnda at et kriterium i denne forbindelse er at den sosiale gruppen ikke kan defineres ut i fra forfølgelsen alene. Nemnda la til grunn at dette kriteriet ikke var oppfylt i denne saken. Videre påpekte nemnda at den begrensede muligheten for hjelp fra hjemlandets myndigheter heller ikke hadde forbindelse med klagerens tilhørighet til en sosial gruppe. Flertallet i nemnda, nemndmedlemmene, kom til at kvinnen var vernet mot utsendelse i medhold av utl. § 15, 1. ledd, 2. pkt. og ga kvinnen tillatelse i medhold av utl. § 8, 2. ledd.¹²¹ Som vist i det foregående er det uheldig at utlendingsloven skiller mellom de som får innvilget asyl og de som er vernet mot utsendelse, da dette er til hinder for at det blir synliggjort at langt flere enn de som i dag får innvilget asyl, kan ha rettskrav på beskyttelse som følge av Norges internasjonale forpliktelser. Lovutvalget anbefaler også at dette skillet oppheves i den nye utlendingsloven.¹²²

I et vedtak fra 2002 ble klagen tatt til følge, og kvinnen ble innvilget asyl. En kvinne fra Gambia søkte asyl på grunnlag av at familien hadde besluttet at hun skulle gifte seg med onkelen som hadde betalt medgift for henne, men som kvinnen ikke ønsket å gifte seg med. I sammendraget vurderes ikke sosial gruppe, men nemnda fastslår at vilkårene for asyl er oppfylt da kvinnen med rette fryktet kjønnsbasert forfølgelse ved retur til Gambia. I denne forbindelse bemerket nemnda at kvinnen i tillegg til sosiale reaksjoner fra familien som utstøtelse, kunne hun risikere reaksjoner fra onkelen som å bli tvangshentet og innesperret til hun eventuelt ga seg. Videre påpekte nemnda at hjemlandets myndigheter i liten grad ville involvere seg med mindre det blir brukt grov vold.¹²³

I en sak fra 2006 hvor klager var en kvinne fra Kamerun som rømte fra hjemlandet da hun skulle bli tvangsgiftet til en lokal høvding, ble klagen tatt til følge og kvinnen fikk tillatelse etter utl. § 8, 2. ledd. Kvinnen fryktet for å bli funnet og brakt tilbake, samt forbannelse.

¹²¹ Praksisbasens referansenummer: 340800149902:80 (Pakistan, måned:2004.10).

¹²² NOU 2004: 20 s. 392-393 i merknadene til § 38, 1. ledd, bokstav b).

¹²³ Praksisbasens referansenummer: 8608853:80 (Gambia, måned:2002.03).

Flertallet i nemnda, nemndmedlemmene, fastslo at hun tilhørte en sosial gruppe som var utsatt for tvangsekteskap som måtte anses som forfølgelse. Imidlertid ser det ut til at det er hensynet til sønnen som er utslagsgivende for at kvinnen etter en helhetsvurdering får oppholdstillatelse etter utl. 8, 2. ledd, og ikke kvinnens anførte frykt for tvangsekteskap.¹²⁴ Dette kan være problematisk da en slik vurdering kan være misvisende i det den unnlater å ta stilling til kvinnens konkrete behov for beskyttelse.

6.3 Tvangsprostitusjon

Tvangsprostitusjon kan ramme både kvinner og menn, men i all hovedsak er det kvinner som rammes.

I fem av sakene ble frykt for tvangsprostitusjon anført som asylgrunnlag. I en av sakene ble asyl innvilget, mens i to av sakene ble tillatelse gitt etter utl. § 8, 2. ledd. I atter to saker ble klagen ikke tatt til følge. Som begrunnelse for ikke å innvilge asyl, ble det i tre av sakene vist til at myndighetene i hjemlandet måtte anses å kunne gi klageren beskyttelse.

I to av vedtakene ble kvinnens tilhørighet til en sosial gruppe definert. I det ene vedtaket anså nemnda at kvinnen tilhørte en sosial gruppe definert til ”tidligere tvangsprostituerte kvinner fra Albania”,¹²⁵ mens i det andre vedtaket ble kvinnen ansett å tilhøre den sosiale gruppen ”trafficking-ofre fra baltikumstatene som bryter ut av miljøet”.¹²⁶

I det førstnevnte vedtaket blir det både gitt en redegjørelse for valget av konvensjonsgrunn, og en vurdering av kravet til årsakssammenheng. I begrunnelsen av den sosiale gruppen, påpeker nemnda at det forhold at menn også kan utsettes for tvangsprostitusjon ikke er til hinder for at tvangsprostituerte kvinner kan utgjøre en selvstendig sosial gruppe da det i praksis i all hovedsak er kvinner som rammes. Nemnda mener derfor at tvangsprostitusjon

¹²⁴ Praksisbasens referansenummer: 340108718202:80 (Kamerun, måned:2006.05).

¹²⁵ Praksisbasens referansenummer: 340400288104:80 (Albania, måned:2003.12).

¹²⁶ Praksisbasenes referansenummer: 3404018732:80 (Litauen, måned:2004.06).

kan sies å være kjønnsbasert. Nemnda legger videre vekt på at hennes forhistorie er uforanderlig og at tvangen strider mot den grunnleggende rett til ikke å bli utsatt for slaveri. Videre bemerkes det at tvangsprostituerte har stort fokus på seg som en gruppe og blir stigmatisert av familie og samfunn. I vurderingen av kravet til årsakssammenheng bemerkes det at selv om anmeldelsen av halliken kan være den utløsende faktor for at forfølgelsesfare foreligger, vil hennes gruppetilhørighet som tidligere tvangsprostituert anses å være en bidragende faktor til en fremtidig forfølgelsesfare. Nemnda påpeker at hennes tilhørighet til gruppen kan føre til at nettverket på ny vil tvinge henne til fortsatt virksomhet da hun har erfaring, har latt seg kue og dessuten vært et godt inntjeningsobjekt. Nemnda bemerker at selv om hallikknettverket også har et profittmotiv, må den antatte forfølgelse i tilstrekkelig grad anses å skyldes hennes tidligere tilhørighet til den sosiale gruppen.¹²⁷ I forhold til vurderingen av sosial gruppe, kan det her bemerkes at UNE har vurdert både ”protected characteristics” - testen og ”social perception”- testen på en fornuftig måte.

6.4 Kjønnsslemlestelse

Ifølge Verdens helseorganisasjon (WHO) omfatter begrepet kjønnsslemlestelse alle inngrep hvor kvinnens ytre kjønnsdeler helt eller delvis fjernes, eller inngrep som påfører annen skade på kjønnsorganene, og som foretas av kulturelle eller andre ikke-terapeutiske årsaker.¹²⁸

I begge saker hvor kvinnen anførte frykt for kjønnsslemlestelse ved retur til hjemlandet, ble klagen delvis tatt til følge med den følge at kvinnen fikk oppholdstillatelse etter utl. § 8, 2. ledd.

Den ene saken gjaldt en kvinne fra Kamerun som anførte at hun risikerte å bli drept fordi hun nektet å la seg omskjære før hun skulle gifte seg. Nemnda festet ikke lit til hennes

¹²⁷ Praksisbasens referansenummer: 340400288104:80 (Albania, måned:2003.12).

¹²⁸ WHO (2000). Nettilgang: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/>

anførsler om forfølgelsesrisiko. Kvinnen ble derimot innvilget opphold på humanitært grunnlag da hun hadde utviklet behandlingstrengende AIDS og var avhengig av medisiner resten av livet.¹²⁹

Den andre saken gjaldt også en kamerunsk kvinne. Kvinnen anførte blant annet at hun fryktet å bli omskåret med tvang dersom hun returnerte til hjemlandet. Etter at hennes kristne mor var død, forsøkte hennes muslimske far å tvinge henne og søsknene til å bli muslimer, til å bli omskåret og gifte seg med muslimer. Hennes søster døde som følge av en omskjæring. Nemnda kom frem til at kvinnen ikke hadde sannsynliggjort asylvilkårene. Kvinnen ble derimot innvilget tillatelse etter utl. § 8, 2. ledd på grunnlag av at det forelå en viss mulighet for at hun og datteren kunne bli utsatt for kjønnslemlestelse, at det ikke var mulig for henne å søke beskyttelse hos myndighetene slik politi og rettsvesen fungerte for kvinner i Kamerun og dessuten at hun som enslig mor uten nettverk ville ha problemer med å ta vare på datteren og seg selv. Hensynet til barnets beste ble tillagt vesentlig vekt i helhetsvurderingen.¹³⁰ Det er verdt å bemerke at kravene til sannsynliggjøring kan synes å være forholdsvis høye, da bevisbyrden ligger hos asylsøkeren alene. I denne saken synes det som om asyl burde ha blitt innvilget fremfor opphold etter utl. § 8, 2. ledd.

6.5 Mishandling i ekteskapet

Av de 52 saker i utvalget, er mishandling i ekteskapet blitt anført i 13 av sakene. I kun en av sakene, ble asyl innvilget. I to av sakene ble det gitt tillatelse etter § 8, 2. ledd, mens i de resterende ti sakene ble klagen ikke tatt til følge.

I flere av sakene ble klagen ikke tatt til følge fordi kvinnen ikke ble ansett troverdig¹³¹ eller at den anførte frykten for ektefellen fremstod som en følge av det konkrete ekteskapet og de individuelle familieforholdene, og ikke på grunn av klagerens tilknytning til en sosial

¹²⁹ Praksisbasens referansenummer: 340101895602:81 (Kamerun, måned:2006.02).

¹³⁰ Praksisbasens referansenummer: 340306740601:80 (Kamerun, måned:2006.11).

¹³¹ For eksempel praksisbasens referansenummer: 340401060100:80 (Pakistan, måned:2004.05).

gruppe.¹³² I noen av sakene ble det videre vist til at kvinnen kunne søke beskyttelse hos landets myndigheter eller søke skilsmisse. Denne begrunnelsen for å avslå asylsøknaden ble spesielt gitt i saker vedrørende kvinner fra Iran da det ble forutsatt at iranske myndigheter ikke manglet evne eller vilje til å beskytte kvinner fra mishandling i ekteskapet.¹³³ Det kan imidlertid bemerkes at det blant annet fra NOAS slås tvil om de iranske myndigheters evne og vilje til å gi slik beskyttelse.¹³⁴ I FNs Høykommissariat for menneskerettigheters (OHCHR) rapport fra 2006 om vold mot kvinner, kritiseres dessuten Iran for ikke å gjøre nok i forhold til å ivareta kvinners rettigheter og konkluderer med at den institusjonelle strukturen i landet er med på å undertrykke og skape vedvarende kjønnsforskjeller. I tillegg til de patrialske verdier og holdninger, bidrar dette til å gjøre det svært vanskelig å bekjempe vold mot kvinner både i offentlig og privat sfære i landet.¹³⁵

I en sak fra 2003 ble omgjøringsbegjæringen delvis tatt til følge med den følge at oppholdstillatelse ble gitt i medhold av utl. § 8, 2. ledd. En kvinne fra Albania anførte mishandling i ekteskapet som asylgrunnlag. Kvinnen hadde imidlertid tatt ut separasjon fra ektefellen. I forbindelse med vurderingen av sosial gruppe, bemerket nemnda at klagerens problemer med ektefellen skyldtes deres personlige forhold, og at det ikke generelt kunne legges til grunn at alle albanske kvinner eller alle skilte albanske kvinner uten nærmere individuell vurdering kunne risikere reaksjoner som var omfattet av forfølgelsesbegrepet. Videre ble det påpekt at det kunne være vanskelig for henne å få god beskyttelse fra albanske myndigheter, og at dette hadde sammenheng med klagerens individuelle forhold som mangel på nettverk, svake ressurser, svekket psykisk tilstand, men også med politiets ressurssituasjon. Nemnda bemerket av disse forholdene ikke alene kunne tilbakeføres til at hun tilhørte en definert sosial gruppe av kvinner som for eksempel skilte kvinner i Albania. Følgelig var kvinnen ikke omfattet av FNs flyktningebegrep. Imidlertid ble kvinnen

¹³² For eksempel praksisbasens referansenummer: 340101466009:81 (Iran, måned:2004.09).

¹³³ For eksempel praksisbasens referansenummer: 340403145406:81 (Iran, måned:2005.10).

¹³⁴ NOAS (2003). Nettilgang: http://www.noas.org/index.php?p=news&news_id=278

¹³⁵ OHCHR (2006). Nettilgang: <http://www.universalhumanrightsindex.org/documents/848/822/document/es/text.html> pkt. 32-61.

innvilget tillatelse etter utl. § 8, 2. ledd på bakgrunn av faren for fremtidige overgrep og hennes individuelle utsatte posisjon.¹³⁶

6.6 Brudd på sosiale normer

Denne kategorien omfatter flere typer anførsler. Flere av anførslene som tidligere har blitt omtalt, kan også anses som brudd på sosiale normer. Her konsentreres oppmerksomheten om anførsler hvor kvinnen frykter represalier fordi hun enten har inngått ekteskap uten familiens samtykke, fordi hun har fått barn/blitt gravid utenfor ekteskapet eller vært utro. I tillegg vil frykt for overgrep i forbindelse med forlovelse og - ekteskapsbrudd, bli omtalt.

20 av sakene kan kategoriseres under denne gruppen. Asyl ble innvilget i syv av sakene. I syv av sakene ble klagen eller omgjøringsbegjæringen delvis tatt til følge og tillatelse ble gitt etter utl. § 8, 2. ledd. Videre ble klagen eller omgjøringsbegjæringen ikke tatt til følge i seks av sakene.

I de sakene hvor asyl ikke ble innvilget, var hovedårsakene at asylforklaringen var tvilsom eller at asylvilkårene ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort.¹³⁷ I tillegg ble det vist til at kvinnen kunne søke hjelp hos myndighetene eller krisesentre i hjemlandet,¹³⁸ og dessuten at kvinnen trygt kunne bosette seg på et annet sted i hjemlandet enn hjemstedet til dem hun fryktet.¹³⁹ I sakene hvor kvinnen fikk opphold på grunnlag av ”sterke menneskelige hensyn”, ble tillatelsen hovedsakelig gitt ut i fra hensynet til kvinnens barn¹⁴⁰ eller på grunn av den vanskelige situasjonen kvinnen som enslig mor uten nettverk, ville møte ved retur til hjemlandet.¹⁴¹

¹³⁶ Praksisbasens referansenummer: 88015078:80 (Albania, måned: 2003.03).

¹³⁷ For eksempel praksisbasens referansenummer: 340300872405:80 (Somalia, måned:2006.07).

¹³⁸ For eksempel praksisbasens referansenummer: 340803694506:81 (Tyrkia, måned:2004.07).

¹³⁹ For eksempel praksisbasens referansenummer: 44081264:80 (Bangladesh, måned:2003.05).

¹⁴⁰ For eksempel praksisbasens referansenummer: 340101303406:80 (Somalia, måned:2006.07).

¹⁴¹ For eksempel praksisbasens referansenummer: 340104065105:80 (Somalia).

I en sak fra 2005, ble omgjøringsbegjæringen først tatt til følge, men avslått etter at det fremkom nye opplysninger som viste at kvinnen hadde gitt uriktig informasjon som var avgjørende for saken. Saken gjaldt en kvinne fra Nord-Irak som anførte at hun risikerte æresdrap fra sin familie fordi hun hadde skilt seg fra ektemannen. Nemnda fant at kvinnen tilhørte den sosiale gruppen ” kvinner fra et konservativt miljø i Nord-Irak som har brutt ut av ekteskapet”. Nemnda fant at kravet til årsakssammenheng var oppfylt da familiens hovedmotivasjon for å drepe kvinnen i den generelle settingen i Nord-Irak fremstod å være at hun hadde brutt ut av ekteskapet. Nemnda bemerket at politisk vilje blant myndighetene i Nord-Irak ikke kunne tale avgjørende mot at asyl ble innvilget da det fortsatt eksisterte en utbredt kultur i samfunnet for æresdrap mot kvinner som brøt tradisjonelle kjønnsrollemønstre. På bakgrunn av de nye opplysninger om at hun hadde vært på besøk hos sin familie i hjemlandet, ble asyl ikke innvilget.¹⁴²

I en annen sak fra 2005, fikk derimot en kvinne fra Somalia innvilget asyl. Nemnda la til grunn at kvinnen var tidligere voldtatt og tilhørte minoritetsklanen Midgan, samt at hun var uten nettverk fra Mogadishu. Dessuten hadde hun et nyfødt barn med en annen mann enn hennes ektefelle. Ved disse kjennetegnene som var en kombinasjon av iboende og sosiologiske trekk, mente nemnda at hun tilhørte en spesiell sosial gruppe. I denne vurderingen av tilhørighet til spesiell sosial gruppe, ser det her ut til at nemnda har lagt UNHCRs definisjon av sosial gruppe til grunn. Nemnda foretok også en vurdering av kravet til årsakssammenheng. Nemnda mente at en årsak som medvirket til at kvinnen måtte anses å ha en velgrunnet frykt for å bli voldtatt ved retur, var hennes sårbarhet som følge av at hun var en tidligere voldtatt kvinne uten nettverk, tilhørende minoritetsklanen Midgan, med tilhørighet i Mogadishu. Videre bemerket nemnda at Somalia fortsatt manglet en sentral myndighet som kunne sikre borgernes rettssikkerhet og at det ikke kunne forventes at hun som enslig kvinne fra minoritetsklanen Midgan kunne få ta del i det retts- og beskyttelsessystemet som var operativt i Mogadishu. Følgelig fant nemnda at det forelå

¹⁴² Praksisbasens referansenummer: 187703237803:80 (Irak, måned:2005.02).

årsakssammenheng mellom forfølgelsen kvinnen risikerte og kvinnens tilhørighet til den sosiale gruppen.¹⁴³

I et vedtak fra 2006 som gjaldt en pakistansk kvinne, ble det anført at kvinnen ville bli drept av sin svigerfamilie fordi deres ære var krenket. Bakgrunnen var at kvinnen hadde blitt voldtatt av broren til ektefellen, og hun fødte som følge av dette et barn som døde kort tid etter fødselen. Nemnda fant at kvinnen tilhørte den sosiale gruppen ”pakistanske kvinner som er blitt voldtatt og født et barn utenfor ekteskapet”. Som begrunnelse for valget av sosial gruppe, bemerket nemnda at kvinnen, av det pakistanske samfunnet, ville bli stemplet som en dårlig kvinne. Videre anså nemnda at det å ha blitt voldtatt og født et barn utenfor ekteskapet var et uforanderlig kjennetegn, og at det pakistanske samfunnet ville identifisere henne som tilhørende denne spesielle sosiale gruppen. Her fremstår begge de to testene i forhold til tilnærming til sosial gruppe som vurdert og oppfylt. Kvinnen ville bli pekt ut som den ansvarlige for voldtekten, og hun ville bli ansett for å ha overtrådt klare normer for hva som ville ha blitt akseptert. Nemnda påpekte også at det offentlige tilbudet til kvinner i krise var svært mangelfullt og at faren for nye overgrep også var til stede for kvinner som oppholder seg i krisesentre. Nemnda mente på denne bakgrunnen at vilkåret om at forfølgelsen må ha årsakssammenheng med en konvensjonsgrunn var oppfylt. Kvinnen ble innvilget asyl.¹⁴⁴

I en sak som gjaldt en kvinne fra Kosovo, vurderte nemnda om kvinnen kunne frykte forfølgelse fordi hun tilhørte en sosial gruppe. Kvinnen hevdet at hun var blitt utstøtt fra familien fordi hun hadde brutt forlovelsen med en mann hun ikke ønsket å gifte seg med. Videre anførte kvinnen at hun hadde giftet seg på albansk vis i Norge, men at hun ble mishandlet og skilt da mannen fikk vite om hennes brutte forlovelse. Nemnda viste til Justisdepartementets retningslinjer og la til grunn at forfølgelse på grunn av kjønn kunne gi grunnlag for asyl ut i fra konvensjonsgrunnen ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe”. Nemnda kom imidlertid frem til at dette vilkåret ikke var oppfylt fordi arrangerte ekteskap

¹⁴³ Praksisbasens referansenummer: 340101696180:80 (Somalia, måned:2005.04).

¹⁴⁴ Praksisbasens referansenummer: 340800951700:80 (Pakistan, måned:2006.05).

var meget utbredt i de fleste muslimske land, og kunne omfatte både kvinner og menn. Asyl ble derfor avslått, men kvinnen fikk etter en konkret vurdering tillatelse etter utl. § 8, 2. ledd.¹⁴⁵

I en annen sak som gjaldt en pakistansk kvinne som hadde vokst opp i Saudi-Arabia, anførte kvinnen som asylgrunnlag at hennes far ønsket å gifte henne bort til en eldre saudiarabisk mann som hadde flere koner fra før. Kvinnen mente at siden hun hadde motsatt seg farens ønske, hadde hun vanæret faren og at han følgelig ville drepe henne. Faren for å bli drept ved retur, ble forsterket av at hun fødte et barn utenfor ekteskapet etter at hun kom til Norge. Kvinnen opplyste at hun ikke visste hvem faren til barnet var da hun hadde hatt forhold til 2-3 menn i Saudi-Arabia. Nemnda fant kvinnens forklaring lite sannsynlig, men på bakgrunn av at kvinnen fremstod som en enslig pakistansk mor, vurderte nemnda de ulike vilkårene i flyktningebegrepet. I forhold til spørsmålet om kravet til årsakssammenheng var oppfylt, mente nemnda at konvensjonsgrunnen ”sosial gruppe” måtte antas å foreligge etter en gjennomgåelse av UNHCRs definisjon og lovutkastets § 40 1. ledd, bokstav d) i NOU 2004: 20. Nemnda la til grunn at kvinnen kunne tilhøre den sosiale gruppen ” pakistansk kvinne som har født barn utenfor ekteskap”. Nemnda påpekte at en enslig mor i Pakistan vil av det pakistanske samfunnet bli stemplet som en dårlig kvinne. Videre la nemnda til grunn at det å ha født et barn med en ukjent mann var å anse som et uforanderlig kjennetegn og det pakistanske samfunnet ville identifisere henne som et medlem av denne gruppen. Kvinnen hadde i følge nemnda både overtrådt skrevne regler og sosiale normer for hva som kunne aksepteres i hjemlandet. På denne bakgrunnen ville hun bli stigmatisert og havne nederst på den sosiale stige ved en eventuell retur til hjemlandet, noe som igjen kunne føre til isolasjon, trakassering og en betydelig risiko for overgrep. Nemnda fastslo på denne bakgrunnen at kravet til årsakssammenheng og konvensjonsgrunn var oppfylt, og asyl ble innvilget.¹⁴⁶ I dette vedtaket viser UNE en god forståelse av begrepet ”sosial gruppe” ved blant annet å vurdere UNHCRs definisjon og lovutvalgets lovforslag.

¹⁴⁵ Praksisbasens referansenummer: 88087166:80 (Tidligere Jugoslavia, måned:2002.04).

¹⁴⁶ Praksisbasens referansenummer: 340406000506:80 (Pakistan, måned:2005.12).

6.7 Oppsummerende bemerkninger

I 12 av de 52 sakene ble klagen eller omgjøringsbegjæringen tatt til følge og asyl ble innvilget etter utl. § 17, jfr. § 16. I 18 av sakene fikk kvinnen enten oppholdstillatelse eller arbeidstillatelse etter utl. § 8, 2. ledd, mens i de resterende 22 vedtakene ble klagen ikke tatt til følge. I de sakene hvor kvinnen fikk innvilget tillatelse etter utl. § 8, 2. ledd, var dette et resultat av at kvinnen enten var vernet mot utsendelse i medhold av utl. § 15, 1. ledd, jfr. utf. § 21, 1. ledd eller at det forelå ”sterke menneskelige hensyn” eller ”særlig tilknytning til riket”, jfr. utl. § 15, 2. ledd, jfr. § 8, 2. ledd, jfr. utf. § 21, 2. ledd.

Sammendragene viser at i saker hvor klagen ikke ble tatt til følge eller der kvinnen fikk tillatelse i medhold av utl. § 8, 2. ledd fremfor asyl, skyldtes det hovedsakelig at de asylanførslene som kvinnen satte frem ikke var troverdige eller at vilkårene for asyl ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort. Siden UNE i et stort antall saker kom til at asylanførslene ikke var troverdige eller at vilkårene for asyl ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort, tok UNE ikke stilling til om kvinnen var medlem av en sosial gruppe eller om kravet til årsakssammenheng var oppfylt. På denne bakgrunnen er det stort sett kun i saker hvor asyl ble innvilget at UNE vurderte om kvinnen tilhørte en sosial gruppe, og om det forelå årsakssammenheng mellom forfølgelsen og kvinnens tilhørighet til en spesiell sosial gruppe.

I de saker hvor nemnda kommer til en vurdering av sosial gruppe ser det ut som nemnda tolker UNHCRs retningslinjer på en noe tilfeldig måte. I noen av sakene anses kvinnen å tilhøre en sosial gruppe ut i fra iboende eller uforanderlige kjennetegn hos kvinnen, mens i andre saker fastslår nemnda at kvinnen tilhører en sosial gruppe uten nærmere vurdering av den aktuelle sosiale gruppen. Som tidligere nevnt, er det mulig at en legaldefinisjon av sosial gruppe, kan bøte på denne inkonsekvensen under forutsetning av at de høye krav til bevisstandard og troverdighet senkes. I forhold til troverdighetsspørsmålet er det verdt å påpeke at kvinner som har vært utsatt for alvorlige overgrep kan ha fått nedsatt psykisk helse som følge av disse overgrepene, eksempelvis posttraumatiske stresslidelser. Slike lidelser kan føre til hukommelsestap for deler av den traumatiske opplevelsen, noe som

igjen kan bidra til å svekke asylsøkerens troverdighet. Det har blitt anbefalt at det i UDI og UNE ansettes medisinske og psykiatriske spesialister til å bistå saksbehandlerne, samt at de ansatte bør få forelesninger i de medisinske og psykiske aspektene ved tortur og humanitære brudd.¹⁴⁷

Nemndas vurdering av kvinnens tilhørighet til en spesiell sosial gruppe, ser også ut til å variere etter de ulike forfølgelsessituasjonene og fra land til land. For eksempel ble asyl kun innvilget i en av sakene hvor mishandling i ekteskapet var hovedanførsel. I sju av de tolv sakene hvor misbruk i ekteskapet ble anført, men ikke førte frem, kom kvinnen fra Iran eller Pakistan. Selv om nemnda vedkjente seg problemet med at mange kvinner ble misbrukt av ektefellen, fant nemnda at det ikke forelå årsakssammenheng mellom mishandlingen og kvinnens tilhørighet til en spesiell sosial gruppe, men at mishandlingen i stedet var en følge av det konkrete ekteskapet og de individuelle familieforholdene. I forhold til denne vurderingen er det verdt å bemerke at en slik begrunnelse kan synes å stride mot UNHCRs retningslinjer da disse retningslinjene slår fast at det er uten betydning hvem som står bak forfølgelsen,¹⁴⁸ såfremt myndighetene manglende evne eller vilje til å yte beskyttelse skyldes en av konvensjonsgrunnene.¹⁴⁹ Som nevnt tidligere kan det også settes spørsmålsteget ved de iranske myndigheters evne og vilje til å yte tilby beskyttelse i forhold til kvinner.

I enkelte saker der UNE fant at kvinnen tilhørte en sosial gruppe og kravet til årsakssammenheng var oppfylt, ble asyl ikke innvilget med den begrunnelse at myndighetene i hjemlandet måtte anses å kunne gi klageren beskyttelse. Denne begrunnelse ble først og fremst gitt i de vedtakene som omhandlet kvinner fra de baltiske stater og Tyrkia. I forhold til Tyrkia er det verdt å bemerke at det i Amnesty Internationals rapport fra juni 2004 er estimert at mellom en tredjedel og halvparten av alle kvinner i Tyrkia blir utsatt for vold i familien. Det påpekes videre at tyrkiske kvinner som er utsatt

¹⁴⁷ Bailliet (2004) s. 50

¹⁴⁸ UNHCR (2002)b pkt. 19.

¹⁴⁹ UNHCR (2002)a pkt. 20-23.

for overgrep sjelden har tilgang til krisesentre og andre sikre tilfluktssteder, samt at politiet som regel er unnfallende med å etterforske slike saker, og at overgriperen derfor sjelden blir straffet.¹⁵⁰ En påstand om at tyrkiske myndigheter har evne og vilje til å yte beskyttelse, er derfor uholdbar.

Et sentralt moment i forhold til hvorfor det har vært svært vanskelig for kvinner som har anført frykt for overgrep på private arena å bli innrømmet rett til internasjonal beskyttelse, kan være både det betydelige innvandringspotensialet og de kontrolltekniske problemene som er knyttet til denne type risikoforhold.¹⁵¹ Det bør imidlertid bemerkes at UNHCRs retningslinjer slår fast at størrelsen på den sosiale gruppen ikke fratar flyktningen sin rett til internasjonal beskyttelse, dersom vilkårene for flyktningestatus er oppfylt.¹⁵² Det følger dessuten av UNHCRs retningslinjer at kvinner som er utsatt for overgrep på den private arena vil kunne regnes som forfulgt på grunn av medlemskap i spesiell sosial gruppe dersom det som følge av hjemlandets mangel på vilje, ikke er mulig å søke deres beskyttelse.¹⁵³ Da norsk rett bør overensstemme med UNHCRs retningslinjer, kan ikke hensynet til innvandringspotensialet anvendes som argument mot å innvilge asyl dersom asylsøkeren oppfyller vilkårene i flyktningebegrepet.

Tendensen i vedtakssammendragene viser at Utlendingsnemnda i større grad har innvilget opphold etter utl. § 8, 2. ledd fremfor asyl, og dessuten at opphold etter utl. § 8, 2. ledd er blitt innvilget etter en helhetsvurdering hvor hensynet til kvinnens helsetilstand og kvinnens barn har stått sentralt. Det å legge for ensidig vekt på hensynet til helse og barn kan imidlertid være problematisk da det kan bidra til å overskygge kvinnens konkrete behov for beskyttelse.

¹⁵⁰ Amnesty International (2004). Nettilgang: <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGEUR440132004>

¹⁵¹ NOU 2004: 20 s. 151.

¹⁵² UNHCR (2002)a pkt. 18.

¹⁵³ *ibid.* pkt. 20- 23.

Det at det foretrekkes å innvilge opphold etter utl. § 8, 2. ledd kan blant annet skyldes en mangel på harmonisering av bevisstandarder for henholdsvis asyl og beskyttelse på grunnlag av utl. § 8, 2. ledd, samt opprettholdelse av en høy er bevisbyrde for å få innvilget asyl. Et annet viktig moment er sammenblanding av troverdighetsavgjørelsen med beskyttelsesanalyse. Det synes som asyl oftere innvilges søkere med høy troverdighet mens saker som inneholder tvil i forhold til troverdighet eller risikoanalyse blir innvilget beskyttelse etter § 8, 2. ledd.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Bailliet (2004) s. 35-58.

7 Domstolskontrollen

7.1 Innledning

Ifølge utl. § 17 jfr. utl. § 16 vil en utlending som oppfyller vilkårene ha rettskrav på asyl. Retten til asyl er følgelig et lovbundet vedtak hvor domstolene har kompetanse til å kontrollere om vedtaket er gyldig. Dette betyr at domstolene kan prøve forvaltningens lovtolkning og subsumsjon.¹⁵⁵ Videre kan domstolene kontrollere om forvaltningen har lagt riktig faktum til grunn. På asylrettens område er det først og fremst Abdidommen som blir trukket frem i teori og praksis når det gjelder domstolenes adgang til å overprøve forvaltningens forståelse av flyktningebegrepet. Flertallets standpunkt i Abdidommen er en medvirkende årsak til at et forholdsvis lavt antall av UNEs negative asylvedtak blir gjort til gjenstand for domstolskontroll.

7.2 Rt. 1991 s. 586 (Abdidommen)

Hovedspørsmålet i Rt. 1991 s. 586 var hvorvidt en somalisk asylsøker som ikke var gjenstand for politisk forfølgelse i fremmedlovens¹⁵⁶ forstand mens han oppholdt seg i Somalia, skulle anses som politisk flyktning med rett til asyl etter lovens § 2 som følge av omstendigheter som inntraff etter han forlot hjemlandet, såkalt subjektiv *sûr place*. Saken ble bedømt etter frl. § 2, men Høyesterett så også hen til utl. § 16, som hadde trådt i kraft før behandlingen i Høyesterett. Utfallet av dommen var knyttet til forståelsen av flyktningebegrepet. Med tre mot to stemmer kom Høyesterett frem til at Justisdepartementets vedtak om å nekte politisk asyl skulle opprettholdes. Saksøkeren var imidlertid gitt oppholds- og arbeidstillatelse.

¹⁵⁵ Bunæs (2004) s. 384.

¹⁵⁶ Lov om utlendingers adgang til riket m.v. (fremmedloven, frl.) av 27. juli 1956.

Saken reiser prinsipielle rettspørsmål knyttet til forståelsen av flyktningebegrepet i norsk lovgivning og i flyktningekonvensjonen. Det er førstvoterendes uttalelser i tilknytning til domstolenes adgang til å prøve forvaltningens forståelse av flyktningebegrepet som er relevant for oppgaven og som fordrer en nærmere drøftelse. Imidlertid vil det som uttales i forbindelse med flyktning sår place, falle utenfor oppgavens rekkevidde, og vil ikke bli nærmere omtalt. Førstvoterende fikk tilslutning fra tre dommere når det gjaldt forståelsen av domstolenes prøvelsesadgang.

Når det gjelder spørsmålet om domstolenes prøvelsesadgang av forvaltningens vedtak, uttaler førstvoterende at ”forvaltningens rettsoppfatning og praksis i sin alminnelighet må tillegges vesenlig vekt når domstolene i konkrete saker skal ta stilling til innholdet i lovens flyktningebegrep”.¹⁵⁷ Førstvoterende trekker også inn den ”totale norske flyktningepolitikk” som begrunnelse for å gi de norske myndigheter en viss grad av handlefrihet i forhold til anvendelsen av flyktningebegrepet, og uttaler i den forbindelse at praktiseringen av flyktningebegrepet i fremmedloven blant annet kan ”påvirke tilstrømmingen av flyktninger til Norge”.¹⁵⁸ Videre legger førstvoterende til grunn at ”flyktningebegrepet etter fremmedloven og flyktningekonvensjonen har et kjerneområde” og at kjerneområdet ”ikke er fastlagt en gang for alle”.¹⁵⁹ Ifølge førstvoterende er det kun flyktninger som er omfattet av kjerneområdet, som har krav på å få innvilget politisk asyl. Utenfor kjerneområdet vil det imidlertid ”være opp til norske myndigheter å gjøre seg opp en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningebegrepet bør praktiseres og legge dette til grunn i sin praksis”.¹⁶⁰ Domstolens prøvelsesrett vil ifølge førstvoterende ”neppe kunne bli mer omfattende enn ved prøving av forvaltningsvedtak truffet etter fritt skjønn”.¹⁶¹

¹⁵⁷ Rt. 1991 s. 586 på s. 592.

¹⁵⁸ l.c.

¹⁵⁹ ibid. på s. 594.

¹⁶⁰ l.c.

¹⁶¹ l.c.

Høyesterett deler altså innholdet i flyktningebegrepet inn i et kjerneområde og en randsone. Av dette skillet kan det utledes at dersom en sak faller innenfor kjerneområdet, vil FN's flyktningebegrep være direkte anvendelig som norsk rett, og domstolene vil ha full prøvelsesadgang. Hvorvidt asyl derimot skal tilstå i situasjoner som faller utenfor begrepets kjerneområde, vil følgelig være opp til forvaltningen å vurdere og domstolene vil da ha begrenset prøvelsesadgang. Videre anfører førstvoterende at ”også den nærmere avgrensning av kjerneområdet må i første omgang tilligge forvaltningsmyndighetene, og domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve de standpunkter som inntas”.¹⁶² Førstvoterende begrunner den snevre prøvelsesadgangen med at ”avgjørelsene forutsetter innsikt i blant annet internasjonal flyktningep praksis, en innsikt domstolene ikke forvalter” og dessuten ”at alternativet til innvilgelse av asyl regulært vil være å gi oppholdstillatelse på humanitært grunnlag”.¹⁶³

Ut i fra førstvoterendes uttalelser kan det utledes at forvaltningen i utgangspunktet vil ha kompetanse til å bestemme hvilke forhold som skal henføres under kjerneområdet og hvilke som faller utenfor, og dette skillet vil være utslagsgivende for domstolenes prøvingsintensitet. Selv om utlendingsforvaltningen i større grad enn domstolene har innsikt i asylrettslige problemstillinger, tilsier likevel de tunge rettsikkerhetsmessige hensyn som gjør seg gjeldende på asylrettens område at domstolene har en mer aktiv rolle i overprøvingen enn denne avgjørelsen gir anvisning på. Selv om domstolene i liten grad forvalter innsikt i internasjonal flyktningep praksis, kan dette behovet langt på vei dekkes ved bruk av sakkyndige og fagkyndige meddommere, som er velkjente teknikker på andre rettsområder.¹⁶⁴

Abdidommen er avsagt av Høyesterett, og Høyesterett fortolker flyktningebegrepet og prøvelsesadgangen på prinsipielt grunnlag. Dette tilsier at den tillegges vesentlig vekt i forhold til senere saker. I flere underrettsavgjørelser hvor kjønnsaspektet har vært et tema,

¹⁶² l.c.

¹⁶³ l.c.

¹⁶⁴ Aall (1998) s. 137.

har de prinsipielle uttalelsene om domstolenes prøvelsesadgang blitt vist til og lagt til grunn.¹⁶⁵ Det er imidlertid verdt å merke seg at saken ikke ble behandlet i plenum, og at det var en dommer som tok avstand i forhold til førstvoterendes uttalelser om forståelsen av flyktningebegrepet og prøvelsesretten. Den dissenterende dommeren uttaler at han vanskelig kunne se det slik ”at loven har et kjerneområde som den beskytter og et område utenfor dette der lovens grense beror på praksis”.¹⁶⁶ Han ville heller se det slik at ”lovens grenser står fast, men at den gir rom for et visst administrativt skjønn ved praktiseringen av asylreglene”.¹⁶⁷

Et annet argument som kan svekke Abdidommens rettskildemessige vekt er den utvikling som foregikk i domstolkontrollens omfang i 1990-årene. Fra en rettsoppfatning der domstolen var avskåret fra å prøve forvaltningens konkrete rettsanvendelse, opparbeidet domstolen seg en adgang til å kontrollere subsumsjonen.¹⁶⁸ Selv om Abdidommen gjelder domstolens adgang til å prøve forvaltningens tolkning av flyktningebegrepet, kan en parallell trekkes til den nevnte utvikling slik at flertallets standpunkt til domstolenes prøvelsesadgang muligvis ville blitt vurdert annerledes i dag.

7.3 Aktuelle rettsavgjørelser

Det finnes ingen høyesterettsavgjørelser som omhandler kjønnsaspektet i asylsaker. Derimot finnes det et lite antall underrettsavgjørelser omhandlende asylsaker, der kjønnsaspektet inngår som et sentralt moment. Nedenfor gjennomgås et utvalg av disse for å gi et innblikk i hvordan domstolenes behandling av kjønnsaspektet i forhold til spesiell sosial gruppe vurderes i asylsaker.

¹⁶⁵ Blant annet LB-2005-124843, TOSLO-2006-19901 og TOSLO-2003-4078.

¹⁶⁶ Rt. 1991 s. 586 på s. 597.

¹⁶⁷ l.c.

¹⁶⁸ Blant annet Rt. 1995 s. 1427, Rt. 1998 s. 1795, Rt. 2000 s. 591.

7.3.1 LB-2005-124843 og TOSLO-2005-17600

Saken gjelder en fraskilt, iransk kvinne som fryktet overgrep, deriblant drap, fra hennes tidligere ektemann og hans familie dersom hun måtte vende tilbake til Iran. Kvinnen hevdet å ha blitt truet på livet av sin tidligere ektemann og hans familie på bakgrunn av beskyldninger om utroskap. Videre skal hun ha blitt voldtatt av svogeren fordi han mente hun var en ”dårlig kvinne”.

Staten ved Utlendingsnemnda som anket tingrettens dom til lagmannsretten, anførte blant annet at overgrepet fra den private, alternativt myndighetenes unnlatelse av å gi beskyttelse, måtte være forårsaket av en konvensjonsgrunn. Staten mente at kvinnens tidligere ektemanns overgrep mot kvinnen, ikke var begrunnet i hennes tilhørighet til en sosial gruppe, men heller i en påstand om at hun hadde krenket hans ære. Lagmannsretten fant det vanskelig å feste lit til kvinnens forklaring og kom til at det ikke var sannsynliggjort at hun mer enn fem år etter skilsmissen hadde grunn til å frykte overgrep som kunne betegnes som forfølgelse fra hennes tidligere ektemann og hans familie. Retten fant det derfor ikke nødvendig å ta stilling til om iranske myndigheter generelt har evne og vilje til å yte beskyttelse til kvinner som frykter overgrep fra tidligere ektefeller eller familiemedlemmer. Ei heller om hun kunne anses å tilhøre en spesiell sosial gruppe. Imidlertid bemerket retten at innholdet av begrepet sosial gruppe må anses å gi rom for en ”vid statlig handlefrihet” da det folkerettslige innholdet av begrepet er uklart. Videre viste retten til Abdidommen som begrunnelse for at domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å sette til side utlendingsforvaltningens vurderinger. Retten fant Utlendingsnemndas vedtak gyldig.

Siden lagmannsretten fant det unødvendig å ta stilling til hvorvidt kvinnen ble omfattet av en spesiell sosial gruppe da forfølgelsesfaren ikke var sannsynliggjort, vil tingrettens vurdering av spesiell sosial gruppe bli omtalt. Etter tingrettens vurdering ble den iranske kvinnen betraktet som en utstøtt. Videre bemerket retten at det forhold at en kvinne er mishandlet av ektefellen, ikke kunne anses ”å være tilstrekkelig til å tilhøre en sosial gruppe”. Retten tok imidlertid hensyn til det alvorlige brudd på moralnormer som hun

ansås for å ha begått og konkluderte med at det forelå grunnlag for forfølgelse. Etter rettens oppfatning kunne det iranske samfunnet generelt sett sies å være kvinnekriminerende og kvinneundertrykkende, og det ble lagt til grunn at hun måtte anses å være medlem av en sosial gruppe. Ifølge retten ble dette forsterket av at myndighetene i Iran manglet vilje til å beskytte medlemmer av denne gruppen. Videre anførte retten at myndighetens manglende vilje til å gi beskyttelse, også måtte vektlegges i vurderingen av årsakssammenhengen. I denne forbindelse viste retten til NOU 2004:20 hvor det uttales at dersom ”myndighetene ut fra en kvinnekriminerende holdning mangler vilje til å gi utsatte kvinner beskyttelse, kan det imidlertid være aktuelt å vurdere om kvinner i den aktuelle staten utgjør en sosial gruppe, og om kravet til årsakssammenheng er oppfylt gjennom at mangelen på myndighetsbeskyttelse skyldes tilhørighet til denne gruppen”.¹⁶⁹ Retten bemerket at det verken kan kreves medlemskap eller at alle medlemmer utsettes for forfølgelse. Dessuten anførte retten at det er godtatt at forfølgelsen kommer fra andre enn myndighetene i landet. Tingretten la til grunn at kvinnen i praksis ikke kunne oppnå beskyttelse av myndighetene i Iran. Retten fant Utlendingsnemndas vedtak ugyldig.

Lagmannsrettens avgjørelse ble anket til Høyesterett, anken ble imidlertid enstemmig nektet fremmet i juni 2006 i medhold av bestemmelsene i tvistemålsloven¹⁷⁰ § 373, 3. ledd nr. 2 og nr. 4.¹⁷¹

I denne saken fremstår tingrettens behandling, i motsetning til lagmannsrettens behandling, som utfyllende, i det den er grundig i sin gjennomgang av de rettslige aspektene og da vurderingene av disse er i samsvar med UNHCRs retningslinjer.

7.3.2 TOSLO-2006-19901

Denne saken gjelder en iransk kvinne som anførte at hun ble utsatt for fysisk og psykisk misbruk i oppveksten og som fryktet for å bli tvangsprostituert ved retur til Iran. Ifølge

¹⁶⁹ NOU 2004: 20 s. 121.

¹⁷⁰ Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6.

¹⁷¹ HR-2006-01000-U.

kvinnen ble hun voldtatt av både onkelen og farens venner, og kvinnen mente faren hadde mottatt penger for disse overgrepene.

Saksøkeren anførte blant annet at hun i egenskap å være enslig, syk, kvinne uten nær familie var medlem av en sosial gruppe som blir forfulgt i Iran. Retten kom etter en samlet vurdering til at kvinnen ikke med rette kunne frykte forfølgelse ved en retur til Iran da det var syv til åtte år siden de groveste overgrepene fant sted, tre år siden hun forlot Iran og over to år siden faren døde. Da dette vilkåret ikke var oppfylt, fant retten det ikke nødvendig å drøfte om kvinnens status som ugift kvinne med psykiske vansker medførte at hun tilhørte en spesiell sosial gruppe. Retten bemerket likevel at ”det folkerettslige innholdet av begrepet sosial gruppe er uklart og må anses å gi rom for en vid statlig handlefrihet”. Retten mente derfor at ”domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å sette til side utlendingsforvaltningens vurderinger i slike saker” og henviste til Abdidommen. Retten fant Utlendingsnemndas vedtak gyldig.

7.3.3 TOSLO-2004-28003 – RG-2005-293

Denne saken gjelder en kvinne fra Albania som anførte at hun hadde vært utsatt for grove seksuelle og voldelige overgrep fra en mindre gruppe menn. Ifølge kvinnen hadde hun blant annet blitt utsatt for drapstrusler med våpen og voldtatt av flere menn, mens hun var gravid. Kvinnen mente at disse handlingene var ledd i en planmessig rekruttering og nedbryting av henne for å sette henne inn i tvangsprostitusjon. Kvinnen fryktet nye overgrep dersom hun måtte vende tilbake til Albania.

Saksøkeren anførte blant annet at hun tilhørte en gruppe ”kvinner som har vært forsøkt tvangsprostituert og som er spesielt utsatt for å bli tvangsprostituert”. Staten ved Utlendingsnemnda hevdet imidlertid at selv om kvinnen var blitt forsøkt tvangsprostituert, forelå det ingen årsakssammenheng mellom overgrepene og kvinnens ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe”. Retten viste til førstvoterendes uttalelser om domstolenes prøvningsrett i Abdidommen og la til grunn at denne fortsatt måtte antas å være uttrykk for gjeldende rett. Retten fastslo at man befant seg i randsonen av flyktningebegrepet og aksepterte den lovanvendelse som Utlendingsnemnda hadde lagt til grunn, uten å gjøre

vurderinger av den aktuelle konvensjonsgrunnen. Etter en vurdering av utl. § 8, 2. ledd, kom imidlertid retten til at Utlendingsnemnda ikke hadde foretatt en riktig bedømmelse av bevisene i saken, og at resultatet av vedtaket virket grovt urimelig. Utlendingsnemndas vedtak ble på denne bakgrunnen kjent ugyldig.

7.3.4 TOSLO-2003-4078

Saksøkeren i denne saken var en kvinnelig, etnisk albaner fra Kosovo som påstod at hun hadde blitt voldtatt av serbiske politimenn i forbindelse med at mannen hennes var blitt arrestert. På denne bakgrunn hadde hun blitt mistenkeliggjort av ektemannen og utsatt for vold. I Norge skilte hun seg fra ektemannen. Kvinnen fryktet at hun ville bli utstøtt både av sin egen familie og av sin tidligere ektemanns familie, og at barna ville bli tatt fra henne om hun returnerte til Kosovo. Dessuten ble det anført at hennes mann hadde truet med å ta livet av henne om hun vendte tilbake til Kosovo.

Retten påpekte at forvaltningens oppfatning og praksis burde tillegges vesentlig vekt ved tolkningen av flyktningebegrepet og begrunnet dette standpunktet med en henvisning til Abdidommen. Retten kom frem til at kvinnen ikke hadde sannsynliggjort at voldtekten fant sted da det ikke forelå noen dokumentasjon. Videre bemerket retten at det forhold at kvinnen ikke hadde forklart seg om voldtekten på et langt tidligere tidspunkt, måtte anses som et sterkt indisium på at voldtekten ikke hadde funnet sted. Videre fastslo retten at en eventuell utstøtelse av familien, ikke utgjør forfølgelse. Da forfølgelseskravet ikke var oppfylt, unnlot domstolen å drøfte hvorvidt kvinnen var å anse som et medlem av en spesiell sosial gruppe. Retten fant ingen grunn til å kjenne Utlendingsnemndas vedtak ugyldig.

7.3.5 Oppsummerende bemerkninger

Som flere av eksemplene viser, vil domstolen unnlate å ta stilling til konvensjonsgrunnen ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe” dersom domstolen finner at ett av de andre vilkårene i flyktningedefinisjonen ikke er oppfylt. På denne bakgrunnen foreligger det svært få saker hvor domstolene har drøftet hva som nærmere ligger i konvensjonsgrunnen ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe”. Det er kun i TOSLO-2005-17600 hvor

domstolen finner at den iranske, utstøtte kvinnen er medlem av en sosial gruppe, og hvor domstolen uttaler seg om konvensjonsgrunnen og årsakssammenhengskravet. Det er verdt å merke at denne dommen ble anket til lagmannsretten, og at lagmannsretten kom til motsatt domslutning som tingretten. Imidlertid bemerker retten i både LB-2005-124843 og TOSLO-2006-19901 at det ”folkerettslige innholdet av begrepet sosial gruppe er uklart og må anses å gi rom for en vid statlig handlefrihet”. Et viktig moment i sakene er at domstolen i alle sakene unntatt TOSLO-2005-17600 henviser til Abdidommen som begrunnelse for en varsom domstolskontroll.

8 Avslutning

8.1 Kønnsaspektet i asylsaker

På bakgrunn av de UNE-vedtakene som er gjennomgått, ser det ut til at forvaltningen er tilbakeholden med å innvilge asyl til kvinner som frykter forfølgelse på grunn av forhold knyttet til kjønn. Begrunnelsen er ofte at utlendingsmyndighetene ikke finner kvinnen troverdig eller at kvinnen ikke har sannsynliggjort asylvilkårene. Ut i fra disse sakene kan det synes som om forvaltningen tolker flyktningebegrepet dit hen at kvinner som er utsatt for forfølgelse på bakgrunn av kjønn, faller utenfor flyktningebegrepets kjerneområde slik dette skisseres i Abdidommen. Ifølge Abdidommen vil det i asylsaker der søkeren faller utenfor flyktningebegrepets kjerneområde være opp til norske myndigheter å foreta en samvittighetsfull vurdering av hvorledes flyktningebegrepet bør praktiseres, for så å legge dette til grunn i sin praksis. Dessuten vil asylsøkeren i disse tilfellene ikke ha rettskrav på å få innvilget asyl. Det fremgår av gjennomgangen av domstolenes praksis, at domstolene på bakgrunn av Abdidommen unnlater å overprøve forvaltningens tilnærming til kvinner som mulig sosial gruppe, da de utelukkende legger forvaltningens vurderinger til grunn. Dette kan hevdes å være rettssikkerhetsmessig betenkelig, da det bidrar til å utelukke asylsaker med et kønnsaspekt fra domstolskontroll.

8.2 Ny utlendingslov

I en pressemelding fra februar i år har regjeringen uttalt at den ønsker å styrke flyktningekonvensjonen i norsk rett i den nye utlendingsloven. Regjeringen foreslår at det inntas en bestemmelse i forskriften til ny utlendingslov hvor det fastslås at norsk asylpraksis som strider mot UNHCRs anbefalinger om beskyttelse, skal prøves i Utlendingsnemndas stornemnd hvor tre nemndledere og fire nemndmedlemmer deltar. Dette forslaget synes positivt da det potensielt vil kunne bidra til å sikre at slike saker får en grundigere behandling og norsk asylpraksis i større grad enn i dag vil følge UNHCRs

retningslinjer. Imidlertid kan det bemerkes at en lovfesting av dette forslaget synes å være en bedre løsning da dette i større grad ville kunnet bidra til å sikre norsk asylpraksis mot politiske svingninger. Regjeringen ønsker videre at det blant annet utarbeides særskilte retningslinjer for behandlingen av saker som gjelder kjønnsbasert forfølgelse.¹⁷²

Problemene rundt asylsaker med et kjønnsaspekt ser således ut til å være satt på den politiske dagsorden, men selv om de politiske intensjonene tilsynelatende er gode, gjenstår det fortsatt å se om kvinner som kommer til Norge av frykt for kjønnsbasert forfølgelse, faktisk vil få en grundigere og mer rettferdig behandling av sine asylsøknader.

¹⁷² Arbeids- og inkluderingsdepartementet (05.02.2007). Nettilgang:
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/pressesenter/pressemeldinger/2007/07.html?id=448972>

9 Litteraturliste

9.1 Litteratur

Aall, Jørgen. *Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. 111 (1998), s. 1-181.

Bunæs, Runa, Kristin Ottesen Kvigne og Bjørn Vandvik (red.). *Utlendingsrett*. Oslo, 2004.

Crawley, Heaven. *Refugees and Gender, Law and Process*. Bristol, 2001.

Einarsen, Terje. *Flyktningers rettsstilling i Norge*. Bergen, 1997.

Einarsen, Terje. *Retten til vern som flyktning*. Bergen, 2000.

Fisknes, Eli. *Utlendingsloven med kommentarer*. Oslo, 1994.

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. 2. utg. Oxford, 1998.

Holth, Torhild B. *Implementering av et kjønnsperspektiv i Norsk Flyktningrett*. Oslo, 2003.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 2. utg. Oslo, 2002.

9.2 UNHCR-dokumenter

UNHCR. [a] *Guidelines on International Protection: "Membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. HCR/GIP/02/02, 7. mai 2002.

UNHCR. [b] *Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. HCR/GIP/02/01, 7.mai 2002.

UNHCR. "Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling i henhold til 1951-konvensjonen og 1967-protokollen om flyktningers rettsstilling". Genève, 1979. Norsk oversettelse ved Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS), Oslo, 2003.

9.3 Lovregister m.m.

9.3.1 Lover og forskrifter

1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6.

1954 Lov om utlendingers adgang til riket m.v. (fremmedloven, frl.) av 27. juli 1956 (Opphevet).

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven, fvl.) av 10. februar 1967.

1970 Lov om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven) av 19. juni 1970 nr. 69.

1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven, utl.) av 24. juni 1988 nr. 64.

1990 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften, utf.) av 21. desember 1990 nr. 1028.

9.3.2 Konvensjoner og erklæringer

1945 De Forente Nasjoners Pakt (FN-pakten) av 26. juni 1945.

- 1948 Verdenserklæringen om menneskerettighetene (menneskerettighetserklæringen) av 10. desember 1948.
- 1950 Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) av 4. november 1950.
- 1951 FNs konvensjon om flyktningers stilling (flyktningekonvensjonen) av 28. juli 1951.
- 1967 FNs protokoll om flyktningers stilling (flyktningeprotokollen) av 31. januar 1967.
- 1969 Wienkonvensjonen om traktatretten (traktatrettskonvensjonen) av 23. mai 1969.

9.3.3 EU-direktiver

- 2004/83/EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted.

9.4 Forarbeidsregister

NOU 1983: 47 Ny fremmedlov.

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov.

Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Ot.prp. nr. 48 (2001-2002) Om lov om endringer i utlendingsloven.

9.5 Domsregister

9.5.1 Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1991 s. 586 (Abdidommen)

Rt. 1995 s. 1427

Rt. 1998 s. 1795

Rt. 2000 s. 591

HR-2006-01000-U

9.5.2 Underrettsavgjørelser (fra lovdata)

LB-2005-124843

TOSLO-2005-17600

TOSLO-2006-19901

TOSLO-2004-28003 – RG-2005-293

TOSLO-2003-4078

9.5.3 Utenlandske rettsavgjørelser

1985 Matter of Acosta. United States Board of Immigration Appeals, USA, 1985.

1993 Parastoo Fatin v. Immigration & Naturalization Service, United States Court of Appeals for the Third Circuit, USA, 1993.

1996 In re Fauziya Kasinga. United States Board of Immigration Appeals, USA, 1996.

Netttilgang: <http://www.usdoj.gov/eoir/vll/intdec/vol21/3278.pdf>

[sist sjekket 22. april 2007].

1999 Judgements – Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah, UK, 1999.

9.6 Utlendingsnemndas vedtak

Praksisbasens referansenummer: 340108864805:80 (Guinea, måned:2005.08).

Praksisbasens referansenummer: 340803748702:80 (Nepal, måned:2003.05).

Praksisbasens referansenummer: 187709238509:81 (Tyrkia, måned:2003.12).

Praksisbasens referansenummer: 340106036604:80 (Nigeria, måned:2006.03).

Praksisbasens referansenummer: 340301213907:80 (Somalia, måned:2006.09).

Praksisbasens referansenummer: 340308500701:80 (Afghanistan, måned:2006.06).

Praksisbasens referansenummer: 340800149902:80 (Pakistan, måned:2004.10).

Praksisbasens referansenummer: 8608853:80 (Gambia, måned:2002.03).

Praksisbasens referansenummer: 340108718202:80 (Kamerun, måned:2006.05).

Praksisbasens referansenummer: 340400288104:80 (Albania, måned:2003.12).

Praksisbasens referansenummer: 3404018732:80 (Litauen, måned:2004.06).

Praksisbasens referansenummer: 340101895602:81 (Kamerun, måned:2006.02).

Praksisbasens referansenummer: 340306740601:80 (Kamerun, måned:2006.11).
Praksisbasens referansenummer: 340401060100:80 (Pakistan, måned:2004.05).
Praksisbasens referansenummer: 340101466009:81 (Iran, måned:2004.09).
Praksisbasens referansenummer: 340403145406:81 (Iran, måned:2005.10).
Praksisbasens referansenummer: 88015078:80 (Albania, måned: 2003.03).
Praksisbasens referansenummer: 340300872405:80 (Somalia, måned:2006.07).
Praksisbasens referansenummer: 340803694506:81 (Tyrkia, måned:2004.07).
Praksisbasens referansenummer: 44081264:80 (Bangladesh, måned:2003.05).
Praksisbasens referansenummer: 340101303406:80 (Somalia, måned:2006.07).
Praksisbasens referansenummer: 340104065105:80 (Somalia).
Praksisbasens referansenummer: 187703237803:80 (Irak, måned:2005.02).
Praksisbasens referansenummer: 340101696180:80 (Somalia, måned:2005.04).
Praksisbasens referansenummer: 340800951700:80 (Pakistan, måned:2006.05).
Praksisbasens referansenummer: 88087166:80 (Tidligere Jugoslavia, måned:2002.04).
Praksisbasens referansenummer: 340406000506:80 (Pakistan, måned:2005.12).

9.7 Elektroniske dokumenter og oppslagsverk

Amnesty International. *Turkey: Women confronting family violence*. 2004. Nettilgang: <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGEUR440132004> [sist sjekket 23. april].

Arbeids- og inkluderingsdepartementet. Pressemelding av 05.02.2007. Nettilgang: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/presSESenter/pressemeldinger/2007/07.html?id=448972> [sist sjekket 22. april 2007].

Bailliet, Cecilia. *Grensen mellom asyl og beskyttelse på humanitært grunnlag*. Oslo, 2004. Nettilgang: <http://www.regjeringen.no/upload/kilde/krd/rap/2004/0014/ddd/pdfv/227468-baillietrapportenpanorsk1.pdf> [sist sjekket 22. april 2007].

Bokmålsordboka. Nettilgang: <http://www.dokpro.uio.no/perl/ordboksoek/ordbok.cgi> [sist sjekket 22. april 2007].

Dagbladet.no. 13. mai 2005. Nettilgang:

<http://www.dagbladet.no/nyheter/2005/05/13/431663.html> [sist sjekket 23. april 2007].

FNs Høykommissariat for menneskerettigheter. *Report of the special rapporteur on violence against women, its causes and consequences*. 2006. Nettilgang:

<http://www.universalhumanrightsindex.org/documents/848/822/document/es/text.html> [sist sjekket 23. april 2007].

Justisdepartementets retningslinjer for nye asylkriterier av 13. januar 1998. Nettilgang:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/lover_regler/retningslinjer/1998/Retningslinjer-for-nye-asylkriterier.html [sist sjekket 22. april 2007].

Norsk Organisasjon for Asylsøkeres høringsuttalelse til NOU 2004: 20. Nettilgang:

<http://www.regjeringen.no/upload/kilde/krd/hdk/2005/0013/ddd/pdfv/254696-noas.pdf> [sist sjekket 22. april 2007].

Norsk Organisasjon for Asylsøkere. *Søknad om asyl på bakgrunn av mishandling i ekteskapet i hjemlandet – orientering om praksis*. Oslo, 2003. Nettilgang:

http://www.noas.org/index.php?p=news&news_id=278 [sist sjekket 23. april 2007].

Utlendingsdirektorats ordliste. Nettilgang: <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=3396>

[sist sjekket 22. april 2007].

Utlendingsnemndas praksisbase. Nettilgang:

http://www.une.no/c2002/UNE_no/templates/applications/internet/dokumenter/norsk/praksis/praksisbase.htm [sist sjekket 22. april 2007].

WHO. *Female genital mutilation*. Fact sheet No 241, 2000. Nettilgang:

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/> [sist sjekket 22. april 2007].

